

DE L'AUTONOMIE

DE LA

VOLONTÉ INDIVIDUELLE

QUANT AUX MODIFICATIONS DES CONTRATS

« Nous avons fini le roman de la Révolution, disait le Premier Consul, il faut en commencer l'histoire et voir ce qu'il y a de réel et de possible dans l'application des principes, et non ce qu'il y a de spéculatif et d'hypothétique. Suivre aujourd'hui une autre marche, serait philosopher et non gouverner. Il interrogeait : Comment cela est-il maintenant ? Comment cela est-il ailleurs ? Cela est-il juste ? Cela est-il utile ? Il ramenait tout à ces deux questions ».

Albert SOREL,

Livre du centenaire, p. XXVII.

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(SCIENCES JURIDIQUES)

PAR

Ahmad MAHER



MONTPELLIER
IMPRIMERIE FIRMIN ET MONTANE
Rue Ferdinand-Fabre et Quai du Verdanson

1913

DE L'AUTONOMIE
DE LA
VOLONTÉ INDIVIDUELLE
QUANT AUX MODIFICATIONS DES CONTRATS

DE L'AUTONOMIE
DE LA
VOLONTÉ INDIVIDUELLE
QUANT AUX MODIFICATIONS DES CONTRATS

« Nous avons fini le roman de la Révolution, disait le Premier Consul, il faut en commencer l'histoire et voir ce qu'il y a de réel et de possible dans l'application des principes, et non ce qu'il y a de spéculatif et d'hypothétique. Suivre aujourd'hui une autre marche, serait philosopher et non gouverner. Il interrogeait : Comment cela est-il maintenant ? Comment cela est-il ailleurs ? Cela est-il juste ? Cela est-il utile ? Il ramenait tout à ces deux questions ».

Albert SOREL,

Livre du centenaire, p. XXVII.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

PAR

Ahmad MAHER



MONTPELLIER

IMPRIMERIE FIRMIN ET MONTANE

Rue Ferdinand-Fabre et Quai du Verdanson

1913

UNIVERSITE DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. Vigié, Doyen, professeur de Droit civil, chargé du cours d'Enregistrement.

Brémond, Assesseur, professeur de Droit administratif.

Glaize, professeur honoraire.

Laborde, professeur de Droit criminel, chargé du cours de Législation et Economie industrielles.

Charmont, professeur de Droit civil.

Chausse, professeur de Droit romain.

Valéry, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.

Perreau, professeur de Procédure Civile (suppléé).

Moye, professeur de Droit international public.

Rist, professeur d'Economie politique.

Morin, professeur de Droit civil approfondi.

Bridrey, professeur de Droit romain.

Nogaro, professeur adjoint d'économie politique (suppléé).

Ricol, agrégé, chargé d'un cours de Droit civil.

Donnedieu de Vabres, agrégé, chargé d'un cours de Procédure civile.

Perrot, agrégé, chargé d'un cours d'Histoire du Droit.

Moride, chargé de cours complément. d'Économie politique.

Dubois, chargé du cours de Droit constitutionnel.

Rochette, secrétaire.

MEMBRES DU JURY :

MM. Charmont, *président*.

Chausse

Morin

} *assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs

DE L'AUTONOMIE

DE LA

VOLONTÉ INDIVIDUELLE

QUANT AUX MODIFICATIONS DES CONTRATS

INTRODUCTION

L'échange est, chez les peuples primitifs, d'une importance très minime. Chaque famille se suffit à elle-même, et produit tout ce dont elle a besoin. Un contrat est tout ce qu'il y a de plus rare ; il ne peut avoir pour objet que des choses dont on peut se passer au moins momentanément. Cela leur permet de mettre tout le temps nécessaire pour réfléchir mûrement à toutes les conséquences de l'acte qu'ils veulent accomplir, de discuter tous ses détails d'une façon bien minutieuse. Le formalisme ne les gêne pas et peut-être même ils y trouvent

un moyen très sûr qui leur facilitera la preuve en cas de besoin.

Mais avec le progrès de la civilisation, le développement du commerce et de l'industrie, tout cela change, par suite de la spécialisation des professions et des métiers, de la division du travail. Alors le contrat trouve un domaine beaucoup plus vaste pour son application, et pour s'harmoniser avec les besoins et les exigences du commerce et de l'industrie, il devient de plus en plus souple et rapide. Ce qui fait, peu à peu, apparaître la liberté des conventions, comme une des bases les plus nécessaires pour le développement et la prospérité sociale. « L'homme est un animal sociable parce qu'il est un animal qui échange » (1).

Or, tant que régnait le formalisme des premiers temps, on ne pouvait pas songer à parler de la force qu'on doit attribuer à la volonté des contractants. Mais dès les premiers assauts dirigés contre ce système par le prêteur romain, on a vu apparaître ces contrats dits de bonne foi où la volonté des parties suffisait pour leur conclusion. C'était là un embryon qui ne cessa de se développer et d'évoluer avec une fortune inverse à celle du système formaliste. Le jour de la disparition de ce formalisme a été celui de la consécration de cette idée, que dans chaque manifestation des

(1) Passy : *Leçons d'économie politique* t. 2, p. 360.

volontés humaines, sur le terrain juridique, le droit consacre, en principe, un contrat valable ; c'était la consécration du principe de la liberté des contrats.

Ce principe que les économistes, les philosophes et les hommes politiques ont érigé en dogme durant tout le XVIII^e siècle, ne pouvait pas être rejeté par le Code français de 1804, couronnement final des idées individualistes de la révolution, idées qui furent défendues avec tant d'ardeur, d'âpreté et d'énergie, par tous ceux qui avaient une influence quelconque sur les esprits au moment de sa codification.

Nous voulons suivre le développement lent et sûr de ce principe jusqu'à son complet épanouissement, étudier tous les obstacles qu'il a rencontrés et voir comment diverses circonstances le firent admettre comme un dogme nécessaire et indispensable à tout progrès de la société humaine et enfin, dégager ses principaux effets. Cela formera la première partie de ce travail.

Dans une deuxième partie, où nous ne nous occuperons que des modifications des contrats, nous verrons les principales exceptions admises par le Code lui-même, le travail persévérant de la jurisprudence tendant à élargir le domaine de son pouvoir dans l'interprétation des contrats, ce qui constitue une atteinte plus ou moins grave, selon les cas, au principe de l'autonomie de la volonté ; et enfin nous traiterons les principales questions que les défenseurs de nouvelles doctri-

nes cherchent à faire admettre, et dont quelques-unes sont déjà admises par le législateur (1).

Nous terminerons cette étude par une conclusion dans laquelle nous nous efforcerons de fixer les limites du domaine que l'on doit laisser au principe classique de l'autonomie de la volonté et le champ d'application des idées nouvelles.

Mais avant de commencer cette étude, nous tenons à exprimer notre profonde reconnaissance à notre vénéré maître, M. le professeur Morin, dont le cours de droit civil approfondi (2), professé à la Faculté de Droit de Montpellier (année 1911-1912), nous a été un guide utile et précieux.

(1) Ces doctrines ont pour base l'idée de solidarité et d'interdépendance sociale et cherchent par suite à discréditer et à rejeter le principe de l'autonomie de la volonté. Quelquefois, on va même jusqu'à affirmer que ce principe a cessé d'exister. (Cette doctrine est morte, nous dit M. Bouglé. Depuis près d'un quart de siècle, philosophes et sociologues l'ont abandonnée. Chaque jour, l'évolution sociale et juridique lui inflige d'éclatants démentis). La crise du libéralisme, *Revue de métaphysique*, 1902, p. 635 ; cité par Gounot. *Principe de l'autonomie de la volonté*, Thèse. Dijon 1912, p. 83.

(2) *Evolution de la théorie du contrat depuis le Code Civil*.

PREMIÈRE PARTIE

ÉVOLUTION DE LA NOTION DE LA LIBERTÉ DANS LES CONTRATS JUSQU'AU XVIII^e SIÈCLE.

CHAPITRE PREMIER

I. Formalisme du droit romain primitif. — Ses avantages et ses inconvénients. — Contrats consensuels. — Exceptions de dol et de violence. — Contrats innomés. — Pactes prétoriens et pactes légitimes. — Résultats acquis.

II. Dédain des premiers romains pour le commerce et l'industrie. — Intervention des empereurs. — Réglementation du commerce des choses nécessaires à la subsistance. — Influence des règlements sur les contrats qui se rapportent à ce commerce. — Organisation des métiers et création des collèges. — Avantages et inconvénients de cette organisation. — Droits des collèges et devoirs des ouvriers. — Décadence du commerce et de l'industrie au iv^e siècle. — Intervention de plus en plus oppressive de l'Etat. — Mauvais résultats de cette politique. — Disparition de fait des collèges. — Invasion des barbares.

III. Le xiii^e siècle et ses jurisconsultes coutumiers. — Reconnaissance des simples pactes. — Fondement de cette reconnaissance. — Interpolation des textes romains. — Influence du droit canonique et des tribunaux.

IV. Réformation des corporations. — Monopole et réglementation du travail et du commerce. — Fixation des prix de certaines choses.

— Raisons diverses de l'accord général sur cette question. — Changements plusieurs fois répétés de la valeur de la monnaie par les princes. — Manque de moyens de communications. — Le juste prix et le juste salaire des canonistes. — Opinion isolée de Buridan. — Théorie de la valeur d'après les premiers canonistes. — Les frais de production sont à la base de cette théorie. — Evolution de cette théorie. — D'objectif, le juste prix devient subjectif. — Possibilité de l'existence simultanée de plusieurs justes prix de la même chose. — D'après ces mêmes idées, ils déterminent le juste salaire et interdisent l'usure. — Idéal moral des canonistes,

V. Délaissement des corps de métiers par les ouvriers aux ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles. — Interventions royales pour réglementer le travail. — Ordonnance de 1351. — Lois somptuaires. — Henri IV et la liberté du commerce. — Colbert et la protection des industries naissantes. — Ordonnance du 5 avril 1641, rendue dans l'intérêt de l'Imprimerie royale. — Réglementation de la fabrication et de la teinture des draps et des fils. — Inconvénients de ce protectionnisme. — Idées libérales de Colbert. — Domat, continuateur des idées de ses devanciers.

I

Les conventions qui peuvent être multipliées et variées à l'infini ne sauraient toutes être prévues et réglées par la loi. Aussi dans le droit moderne, sauf exception, la convention est munie d'action ; elle est obligatoire par le simple accord des volontés ; le contrat et la convention se confondent.

En droit romain, comme dans toutes les législations anciennes, la convention n'est pas, en principe, génératrice d'obligation. Une règle qui n'a jamais été abrogée, à laquelle on a seulement apporté avec le temps des dérogations de plus en plus nombreuses, mais qui n'en comportait pas au début, déclare la simple convention impuis-

sante à faire naître une action, à créer un lien de droit. Une convention n'est obligatoire que quand elle est faite dans une forme solennelle et juridique ayant la force de la transformer en contrat muni d'une action. On croit même, quelquefois, que le droit romain avait, dès son début, offert des procédés pour la transformation de toutes les conventions en contrats.

Plusieurs formes étaient mises à la disposition des citoyens romains, dès une époque assez reculée, pour rendre leurs principales conventions obligatoires. C'est ainsi qu'ils avaient la *mancipatio* pour transformer la propriété, le *nexum* et la stipulation pour créer une obligation, la *confarreatio*, et la *coemptio* pour conclure un mariage. Aucune valeur juridique n'était donc reconnue au simple accord des volontés.

Ce système avait naturellement ses avantages : précision et certitude, et par suite facilité de la preuve, les témoins se rappelleront mieux une formalité concrète et empreinte de certaine solennité, que la conclusion d'un débat souvent long et confus ; en outre, cette solennité éveillera l'attention des parties sur la gravité de l'acte qu'ils vont accomplir, leur permettra de réfléchir et de peser les avantages qu'ils retireront de la convention, durant tout le temps qui séparera le moment de l'accord des volontés de celui de la formation du contrat. Et comme la moindre modification des termes, qu'on doit utiliser et des gestes qu'on doit accomplir, rend la convention inefficace, les parties

prendront généralement soin d'appeler à leur secours un homme de loi rompu dans les affaires, ils auront l'avantage de le consulter sur tous les effets et les conséquences que l'acte va entraîner pour chacun d'eux. Enfin et surtout, la tâche du juge devient plus simple et plus précise ; il n'aura pas recours à des interprétations divinatoires pour rechercher une volonté plus ou moins vague, ni à des appréciations variables d'équité, il aura devant lui des faits matériels, concrets, qui lui permettront de savoir s'il y a contrat et ensuite l'objet de ce contrat : il y a eu contrat si la solennité a été accomplie et seulement dans ce cas. Le contrat indiquant son objet, le juge ne peut rien ajouter, ou retrancher. Ce sont les parties qui ont fait leur contrat, le juge n'a pas à le refaire. La volonté des parties avait donc un pouvoir absolu pour fixer, en principe et dans le droit romain pur, du moins, le contenu du contrat. En effet, le contrat formel, étant un contrat *stricti juris*, est d'interprétation stricte, comme nous l'avons déjà vu. Le créancier est sûr, d'obtenir tout ce qu'il s'est fait promettre et le débiteur, de n'être tenu que jusqu'au montant de son engagement.

Seulement ce système avait aussi de gros inconvénients. Il constituait une gêne pour les parties, il exigeait leur présence, il occasionnait des retards dans les affaires ; la rigueur d'interprétation, qui est une garantie contre l'arbitraire du juge, permet des surprises désagréables aux parties : le créancier ne pourra réclamer des dommages-intérêts à

cause du retard mis par le débiteur dans l'exécution ou de sa mauvaise foi, qu'en cas de stipulation expresse ; le débiteur ne pourra invoquer l'erreur, la tromperie ou la violence commise par le créancier pour se soustraire à l'exécution de son engagement. Si ce système a pu subsister durant des siècles, c'était pour la raison déjà indiquée que chaque famille pouvait suffire à ses besoins normaux ; les contrats étaient rares et par suite les parties y réfléchissaient assez pour ne rien oublier des garanties qu'ils doivent s'assurer.

Mais un jour est venu où cette situation s'est modifiée par suite de l'agrandissement de l'Etat et du progrès de la civilisation ; alors les inconvénients de ce régime devinrent plus graves et surtout plus sensibles : le développement du commerce entraîne la nécessité de la célérité dans les affaires et la multiplicité des rapports entre les citoyens. Ce développement facilita et augmenta les moyens d'abuser de la bonne foi des autres, ce qui fit ouvrir les yeux sur le caractère inique de ce système où la lettre et la formule triomphaient dans le domaine des contrats, où le créancier n'a pas de recours contre la fraude et le dol du débiteur, et où le débiteur est lié définitivement, même si son consentement ne lui a été arraché que par surprise et par les manœuvres les plus immorales de son créancier.

Aussi ces inconvénients conduisirent, sous la République, à la création d'autres contrats dont les uns n'étaient pas formels mais de droit strict,

c'est-à-dire, d'une interprétation rigoureuse et littérale, et dont les autres n'étaient ni formels, ni solennels. Ce sont les contrats réels et les contrats consensuels : *mutuum*, dépôt, gage, vente, mandat, louage et société.

Ces contrats n'étant pas formels, on n'exigeait pour leur validité que des conditions de fond tirées de leur destination économique qui leur a permis d'échapper à la rigueur de la règle : *ex pacto actio non nascitur*. La vente devient obligatoire non à cause de la forme dans laquelle on l'a enveloppée mais à cause de l'accord du vendeur et de l'acheteur sur la chose objet du contrat et sur le prix.

Le juge les interprétera, sauf pour le *mutuum*, d'une façon plus équitable en cherchant derrière les paroles et les actes concrets l'intention des parties ; on lui permettra de suppléer aux oublis du créancier et de protéger le débiteur contre les surprises dont il a été victime. En un mot cette interprétation doit se faire *ex fide bona*.

Enfin les exceptions *doli mali* et *métus*, permettront aux parties de se soustraire à l'exécution du contrat, quand il est contracté par dol et violence.

Le droit impérial a connu d'autres dérogations à la règle, *ex pacto actio non nascitur*.

Un mouvement de jurisprudence, avec Labéon à son début aboutit à faire admettre que l'exécution des conventions synallagmatiques pût être exigée lorsqu'elles auraient été accomplies par l'une des parties. Pour comprendre, sous des expressions

générales et régler par des principes communs, les conventions qui n'étaient pas désignées spécialement dans les lois, on les a appelées contrats innomés.

Pour les conventions unilatérales, dès avant la fin de la République, le préteur a sanctionné par des actions *in factum*, le *constitut*, le serment, le *receptum nautarum* et le *receptum argentarii*, appelés pactes prétoriens et qui n'avaient besoin d'aucune solennité pour être obligatoires.

Justinien, rendit obligatoire la convention de donation et Théodose II celle de constitution de dot. Ces deux conventions devinrent dès lors de véritables contrats consensuels sanctionnés par la *condictio* qui est une action de droit civil. On les appelle pactes légitimes.

Sous ces réserves, nous pouvons dire que la règle *ex pacto actio non nascitur*, reste toujours vraie. Le contrat verbal, le seul des anciens contrats solennels, qui existe encore au temps de Justinien, sera l'unique moyen de rendre obligatoire les conventions qui ne rentrent pas dans le cadre d'aucun des contrats ou des pactes sanctionnés par le droit civil ou par le droit prétorien, *pactum de mutuo dando* (convention d'ouverture de crédit), promesse unilatérale de vendre ou d'acheter, conventions de partage et d'échange arrêtés sans exécution actuelle et toutes les conventions synallagmatiques qui ne figurent pas parmi les contrats consensuels et qu'on veut rendre obligatoires sans exécution actuelle par aucune des parties.

Cette situation ne se modifia presque plus et c'est elle qu'on retrouve encore aux XII^e et XIII^e siècles. Elle est le résultat des premières attaques dirigées contre le formalisme et qui tendaient à faire prédominer la volonté et l'intention des parties. Mais, notons-le tout de suite, il ne s'agit là que du point de vue des formes seulement. Pour le contenu du contrat, nous pouvons dire que c'est l'évolution inverse qui s'est produite. En effet, au moment où le contrat se confondait avec la formule, en ce qui concernait la forme, la volonté, et la volonté exprimée seule, pouvait avoir une conséquence juridique. Une fois moulée dans une formule solennelle, personne ne peut plus y rien changer et le juge même devait s'y soumettre ; aucune raison d'équité ou d'ordre public ne pouvait être invoquée contre elle pour la modifier ou l'empêcher de produire tous ses effets. Mais cela ne devait pas durer longtemps. Le développement du commerce, le progrès et la diffusion de la civilisation et des idées humaines, le changement des mœurs et des habitudes entraînèrent le législateur à chercher un remède à cette situation. C'est alors que l'on pensa que, seule la volonté réelle des parties doit prévaloir, même quand elle ne concorde pas, absolument, avec celle qui résulterait du texte et de la lettre du contrat. Pour parler un langage, souvent employé aujourd'hui, mais qui est un peu vague, nous dirons que la création des contrats consensuels et des pactes prétoriens était en apparence un triomphe du droit subjectif sur le droit objectif.

Mais pourrait-on dire que c'est un triomphe pour le principe de l'autonomie de la volonté, puisqu'on va jusqu'à scruter l'âme des parties pour rechercher leur véritable intention ? et alors, comment prétendre que le résultat est juste le contraire ? Comment dire, qu'ici l'évolution a été inverse à celle qui s'est produite relativement à la forme du contrat ? La raison est bien simple. On a cherché, sous le couvert de ces idées, à faire prévaloir des idées d'équité et de justice. En donnant au juge le pouvoir de chercher la volonté réelle des parties, on lui a donné le droit d'interpréter le contrat, d'une façon moins rigoureuse, et par suite, de tenir compte des exigences de l'équité et de l'ordre public. Car comment chercher cette volonté subjective, quand les parties sont en litige et que chacune aura le plus grand intérêt à la dissimuler, surtout quand les termes même du contrat viennent à son secours ? L'ayant trouvée le juge n'aura-t-il pas soin de l'écarter dans les cas où il la trouverait inique ou inhumaine ? En réalité, c'est un triomphe de l'équité et de la justice sociale sur l'idée de l'autonomie de la volonté. En voulant chercher la prétendue volonté réelle des parties, on n'est sûr que de la possibilité d'écarter celle qui est exprimée par les termes mêmes du contrat, sous prétexte qu'elle n'est pas la vraie. Elle a pour elle l'apparence, ce qui est quelque chose, mais on n'en tiendra aucun compte et l'on essaiera, par des moyens plus ou moins heureux, d'en trouver une autre qu'on imposera aux parties. Loin de nous de vouloir critiquer ce

système, toute notre intention est de prouver la justesse de notre remarque. D'ailleurs l'admission des exceptions de dol et de violence prouve assez l'esprit de ce changement.

Notons que tout cela ne concerne en réalité que l'interprétation des conventions et que si nos idées là-dessus, peuvent être discutées et contestées, il n'en est pas de même en ce qui concerne le pouvoir de la volonté des parties pour la détermination exacte de l'objet et des conditions de la convention qui constituent le véritable contenu du contrat. Outre la notion vague, variante et subjective de l'ordre public et des bonnes mœurs, qui constituent déjà une limitation assez importante, les empereurs intervenaient, de plus en plus, pour réglementer les contrats les plus fréquents et par suite les plus importants, leurs objets et les conditions sous lesquelles ils peuvent être conclus ; de même en réglementant les conditions du travail du commerce et de l'industrie, ils limitaient, d'une façon indirecte mais sûre, la volonté des contractants (1). En effet, sans la concurrence et sans la liberté de l'offre et de la demande, on ne peut pas parler de la liberté des contrats et à plus forte raison de l'autonomie de

(1) D'autres limitations relatives aux modifications des contrats contre la volonté d'une seule partie (rescision pour cause de lésion, novation etc...) étaient déjà connues des romains. Nous nous contenterons, pour le moment, de cette allusion ; d'ailleurs tous les traités de droit civil ou de droit romain en parlent longuement

la volonté. Ils allaient même jusqu'à fixer le prix des marchandises.

Il nous est donc indispensable de suivre l'évolution du commerce et de l'industrie, la réglementation du contrat de vente et du louage du travail, et d'étudier les principaux règlements qui les concernent pour connaître l'importance énorme de leur influence sur l'évolution de notre principe. Ce serait d'ailleurs le plus sûr moyen, s'il n'est pas le seul, pour suivre cette évolution jusqu'à la Révolution. Ces contrats étaient, en effet, les plus répandus et les moins influencés par le droit public. Nous serons un peu long dans notre exposé, car le sujet est très important pour les développements ultérieurs et pour notre conclusion finale.

II

Les premiers romains dédaignaient tellement le commerce et l'industrie qu'ils ne permirent, d'après Denys d'Halicarnasse, à aucun d'entre eux de se faire marchand ou artisan (1). Ayant à soutenir des guerres continuelles, ils n'estimaient que les vertus qui font les soldats. C'était la raison qui les poussaient à ménager l'agriculture

(1) Voir pour cette partie le livre intéressant et magistral de E. Levasseur sur *l'histoire de la classe ouvrière en France jusqu'à la Révolution*.

qui les fortifie et les nourrit, et à mépriser les occupations pacifiques de l'atelier. Seuls, échappaient à cette condamnation, les artisans nécessaires à l'armée, soit pour construire des machines, soit pour réparer les armes qui étaient des auxiliaires indispensables à l'armée.

Ce préjugé survécut aux causes qui lui avaient donné naissance. C'est ainsi que Cicéron écrivait, à un temps où les armées romaines ne se recrutaient plus parmi les laboureurs du *Latium*, à son fils que tous ceux qui vivaient d'un travail mercenaire, faisaient un travail dégradant et que jamais un sentiment noble ne pouvait naître dans une boutique. Senèque, au milieu de la corruption de l'empire, s'indignait encore qu'un écrivain eût osé attribuer aux philosophes l'invention des arts. « Elle appartient, s'écrie-t-il, aux plus vils des esclaves. La sagesse habite des lieux plus élevés ; elle ne forme pas les mains au travail ; elle dirige les âmes..... Encore une fois, elle ne fabrique pas les ustensiles pour les usages de la vie. Pourquoi lui assigner un rôle si humble ? »

Cette situation préoccupait toujours les empereurs qui durent intervenir pour assurer les moyens de nourrir le peuple. En effet, ce peuple qui avait perdu le sentiment de sa liberté, qui ne se levait plus à la suite d'un tribun, qui lui parlait de ses droits ou lui peignait l'oppression de la noblesse, ce peuple, disais-je, était terrible quand il avait faim. Le nourrir et l'amuser était la grande affaire des empereurs et il n'était pas moins

important pour eux de satisfaire aux besoins de cette multitude que d'arrêter les barbares sur les frontières. Pour suffire à cette besogne, il fallait une surveillance active et une administration nombreuse ; il fallait faire venir les blés, les bestiaux des provinces éloignées, cuire le pain, débiter la viande et ne pas faillir un seul jour à cette tâche sous peine de compromettre la sûreté de l'Etat. Tout cela obligea nécessairement l'Etat à réglementer avec soin tout le commerce qui se rapporte aux choses nécessaires à la subsistance du peuple. Aussi le verrons-nous intervenir dans les menus détails, ne laissant rien au hasard, ni à la volonté de ceux qui font ce commerce.

Dans des temps et des pays divers, la raison d'Etat a fait soumettre les boulangers et les bouchers à des règlements particuliers ; à Rome, l'inquiète sollicitude des empereurs s'étendit plus loin, ils se croyaient obligés de faire peser leur surveillance non seulement sur ceux qui fabriquaient ou vendaient les aliments, mais aussi sur ceux qui les transportaient, et dont le travail, en général se rattachait de près ou de loin à la subsistance du peuple : armateurs, bateliers, ouvriers du port, mesureurs, déchargeurs, chargeurs, porteurs (1).

(1) Remarquons que chacun de ces groupes, comme c'était d'ailleurs le cas pour toutes les autres professions, formait un collège distinct qui avait des règlements propres. Nous en parlerons de tout cela un peu plus loin.

L'influence de ces règlements sur les contrats conclus entre ces commerçants, industriels et ouvriers est incontestable. D'ailleurs, l'intervention de l'Etat ne tarda pas à se faire sentir d'une façon plus directe allant même jusqu'au point de vouloir fixer le prix de toute chose ; résultat que les socialistes voudraient, peut-être, ressusciter sous prétexte de faire régner plus de justice sociale. Espérons que s'ils arrivent à triompher, l'industrie et le commerce n'auront pas le même sort que ceux des romains et que ce soit par d'autres moyens que ceux employés par les empereurs.

L'organisation complète de ces métiers ne se fit que peu à peu.

En principe, ce furent des entrepreneurs particuliers qui amenèrent le blé des provinces. Sous Claude, on leur accorda des primes, on encouragea, par des privilèges, la construction des navires, enfin on forma le collège des naviculaires. Le blé distribué aux citoyens pauvres de la République fut remplacé, sous l'empire, par du pain donné gratuitement ou vendu à prix réduit. On y ajouta dans la suite de l'huile, du porc, de la viande de bœuf et de mouton. Aurélien songea même à faire des distributions régulières du vin. N'est-ce point le paradis rêvé par les socialistes : l'Etat protecteur du peuple et lui distribuant tout ce dont il a besoin. Mais comment arrivait-on à ce résultat merveilleux ? Les bouchers allaient, à certaines époques, faire, au nom de l'Etat, leurs

réquisitions dans les campagnes de l'Italie, car la fourniture de la viande destinée au peuple était une charge qui pesait, comme bien d'autres, sur l'agriculture ... Ils distribuaient gratuitement la viande pendant cinq mois, après avoir retenu le vingtième pour leur salaire. L'Etat y ajoutait encore une indemnité de dix-sept mille amphores de vin qu'il accordait annuellement à la corporation. Les campagnes fournissaient aussi sous le nom de *canon frumentaire*, le blé qui nourrissait la plèbe de Rome. Les naviculaires étaient chargés à tour de rôle de le transporter à Ostie, ils prélevaient le vingt-cinquième de la quantité qu'ils avaient et recevaient en outre un sou d'or par mille boisseaux. La loi traçait leur itinéraire, défendait, aux gouverneurs des provinces, de les laisser séjourner trop longtemps dans les ports, fixait la durée du voyage, punissait de mort le trafic du blé, en cas de naufrage ordonnait une enquête sévère, et quelquefois faisait mettre la moitié de l'équipage à la torture. Le blé passait ensuite par les mains des candicaires, des chargeurs, des porteurs, jusque dans les greniers publics et était distribué dans les deux cent cinquante quatre boulangeries de la ville, où il était converti en farine et en pain.

Ces réglementations devaient s'appliquer surtout à Rome ; c'était pour Rome seulement que les empereurs montraient cette excessive sollicitude et toutes les constitutions du code Théodosien concernant cette matière, sont, en effet, adressées à

des collèges de Rome. Mais le peuple de la grande ville avait dû trouver des imitateurs parmi les habitants des villes, qui modulaient leurs institutions sur celles de la capitale, et dont plusieurs savaient à nourrir une nombreuse et turbulente populace. Gaius, parle des collèges de boulangers et de naviculaires comme existant également au siège de l'empire et dans les provinces, et les tables alimentaires prouvent qu'il y avait des distributions gratuites pour d'autres pauvres que ceux de Rome.

Il ne faut pas croire que le prix n'était fixé par les règlements que lorsque l'Etat intervenait pour subvenir aux besoins des pauvres. En effet, si personne ne pouvait enlever du port ses denrées sans l'intermédiaire des porteurs, les règlements fixaient aussi le salaire qu'on devait payer « S'il est prouvé qu'un particulier a fait transporter par ses hommes des marchandises qui lui arrivaient, le cinquième de ces marchandises sera confisqué au profit du trésor ».

Ces privilèges qui constituaient parfois de véritables monopoles étaient compensés par des lourdes servitudes (1).

(1) Le fils d'un boulanger était fatalement destiné, par sa naissance, à la profession de son père et devait dès l'âge de 21 ans commencer son service ; le gendre tombait, sous la même loi, par sa seule union avec la fille d'un boulanger, et s'il avait compromis la dot de sa femme, le divorce même ne lui rendait pas sa liberté, il fallait qu'il réparât par le travail de toute sa vie, le dommage qu'il avait causé à la fortune du collègue.

Le recrutement se faisait d'ordinaire librement, mais une fois qu'on est dans un collège, on est pour ainsi dire enchaîné, presque aussi fortement que les esclaves des manufactures publiques, parce que l'existence de ces collèges n'était pas moins nécessaire à l'Etat.

En outre le fonds, formé et accru par le profit du négoce et par les subsides du trésor public, appartenait moins à l'homme qui l'exploitait et n'en avait que l'usufruit, qu'à la corporation par le bénéfice de laquelle il avait été créé et dont il ne pouvait être détaché (1).

(1) C'est ainsi que dans les testaments, les donations, les legs faits à des étrangers seront regardés comme nuls, si ceux qui sont gratifiés des biens d'un boulanger n'acceptent aussi volontairement les fonctions de boulanger.

D'ailleurs une loi de l'année 396 nous définit parfaitement cette condition de la propriété : « A la boulangerie appartiennent non seulement les biens de fondation qui conservent encore le nom et le caractère de dotation, mais aussi ceux qui, faisant partie de la succession de boulangers, ont de notoriété publique passé à leurs héritiers ou aux autres possesseurs, et qui par conséquent ne sauraient être séparés du fonds. Les gens de cette corporation n'ont droit de disposer librement que des seuls biens qu'ils tiennent, non par héritage de la boulangerie, mais par la volonté et la générosité des simples particuliers, ou qu'ils ont acquis par mariage ou à tout autre titre. Au reste, si ces biens particuliers se trouvent à leur mort dans la succession, ils seront, comme les autres, compris sous le titre de biens dotaux, parce que la boulangerie doit avoir le bénéfice des valeurs qui sont demeurées jusqu'au dernier jour en la possession du boulanger » (C. Théod. XIV. III. 1. 18. Année 396).

Maintenant il ne faut pas croire que dans les autres métiers non nécessaires à la subsistance du peuple, régnât la liberté individuelle. Cette liberté n'existe pour ainsi dire nulle part dans les derniers siècles des romains. Chacun a sa chaîne : le colon est asservi à sa terre, l'officier à sa charge, le curiale à sa cité, le marchand à sa boutique, et l'ouvrier à sa corporation ; nul n'a le droit de se soustraire à sa fonction et de frustrer l'Etat du service que sa naissance, sa fortune ou son talent lui ont imposé. S'il y a encore quelque liberté, elle n'appartient pas à l'homme, mais à l'association, dont il est membre et dans le cercle de laquelle est le plus souvent enfermée sa vie tout entière. La corporation devient une personne légale, ayant ses droits et ses devoirs, et agissant librement avec l'autorisation de l'empereur.

Aux III^e et IV^e siècles on trouvait, peut-être encore quelques métiers qui échappaient à la loi de corporation. Mais en tout cas, ces exceptions étaient rares. L'artisan ne pouvait avoir une place dans la société et trouver protection et sûreté qu'en se faisant membre d'un collège. Il est vrai qu'il tombait en même temps sous la main de l'Etat, mais c'était une loi commune à laquelle n'échappaient ni petits, ni grands, et la servitude de tous devaient, sinon rendre à chacun sa chaîne plus légère, du moins ne pas lui laisser le regret d'une condition meilleure.

Cette situation empira de jour en jour à mesure que diminuait la richesse du pays. La corporation

qui dans le temps de prospérité, assure certains avantages à l'artisan en protégeant sa personne et en lui garantissant son travail, devient dans les siècles de décadence, une gêne insupportable; elle réduit les profits, en maintenant un nombre d'artisans supérieur aux besoins de l'industrie, elle retient l'homme malgré lui, et celui qui ne sentait pas sa chaîne lorsque aucun motif ne le sollicitait à la secouer, gémit alors de la captivité et de la misère auxquelles il ne peut échapper.

C'est ce qu'on peut remarquer sous les empereurs romains: presque toutes les lois qui font sentir à l'ouvrier sa servitude appartiennent à l'histoire du IV^e siècle; c'est à cette époque que les boulangers, les bouchers et les naviculaires se voient irrévocablement attachés, corps et biens, à leur métier; que les membres des autres corporations sont ramenés de force à leur travail et que la condition de tous tend, de plus en plus, à se rapprocher de celle des esclaves employés dans les manufactures impériales.

Pour remédier à ces misères le gouvernement ne comptait plus que sur son intervention pour tout régler: prix des denrées et ce qu'on doit payer pour la journée des ouvriers. Tout cela se faisait d'une façon arbitraire, car, naturellement, il était impossible de trouver une base fixe pour ce calcul; comme il était impossible de fixer sans arbitraire aussi des prix invariables avec le temps et dans les diverses parties de l'empire. C'est ainsi que Dioclétien, pendant son dix-huitième

consulat, rendit une ordonnance pour fixer les prix des marchandises et le salaire des ouvriers. « Le prix des denrées, dit-il dans le préambule, négociées dans les marchés, ou apportées journellement dans les villes, a tellement dépassé toutes les bornes, que le désir effréné du gain n'est modéré, ni par l'abondance des récoltes, ni par l'affluence des denrées. C'est pourquoi nous ordonnons que dans tout notre empire on se contente désormais des prix que nous avons fixés dans le tableau suivant ». Il suit une longue liste de laquelle nous extrayons comme exemples :

La viande de bœuf et de mouton. La livre (326 gr.)	8 deniers (1)
Le poisson salé.	6 —
Une paire de souliers de paysan .	120 —
— — patricien .	150 —
Une journée de maçon.	50 —
Une journée de boulanger. . . .	50 —
Une journée d'ouvrier en mosaïque	60 —
Un barbier par chaque personne .	2 —

La peine de mort était infligée à quiconque ne se conformait pas à ce tarif. Mais il était tellement en disproportion avec la valeur réelle des objets, que partout on désobéit aux ordres de Dioclétien. Il y eut de nombreuses exécutions; les marchés ne furent plus approvisionnés; les den-

(1) Le denier valait 0 fr. 04

rées renchérissement et les empereurs, cédant à la nécessité, finirent par rapporter la loi.

Ces quelques exemples nous montrent jusqu'à quel point a été poussé l'intervention du gouvernement en matière de contrat. Aucune liberté n'est laissée aux parties, aucune discussion n'est possible. L'Etat devient tout puissant devant l'individu désarmé et asservi, sous prétexte de défendre les faibles contre les forts, de faire régner plus de justice et d'équité en matière de contrats privés. C'est ainsi que nous pouvons remarquer que les mêmes idées ont été invoquées soit pour étendre le pouvoir de la volonté individuelle, quant à la formation des conventions, soit pour limiter et même annihiler cette volonté, quant à leur contenu et à leurs effets.

On n'a réussi, comme nous l'avons vu, qu'à aggraver la situation, rendre plus aiguë la crise sociale et économique et par suite augmenter et alourdir la misère générale. On atteint ainsi un but absolument contraire à celui qu'on poursuivait ; on facilita la décadence de l'Etat, en faisant tout le possible pour ruiner le commerce et l'industrie et pour que le peuple perde toute confiance en soi. D'ailleurs, l'invasion des barbares vint compléter cette ruine.

Au milieu de ces tempêtes, les artisans disparurent comme avaient déjà disparu l'argent et l'industrie. La plupart quittèrent les villes pour se réfugier dans les asiles les plus secrets des campagnes.

Notons que la loi romaine ne s'ombrage pas, du moins en principe, sinon en fait : « Qu'entre les romains les différends soient jugés selon la loi romaine » disait l'église au VI^e siècle.

Ces traditions s'effacèrent cependant peu à peu au milieu de l'anarchie du X^e siècle (1), jusqu'au moment où les lois romaines disparurent avec les codes barbares pour faire place aux coutumes locales.

En réalité, toutes les distinctions établies entre les ouvriers de l'Etat, les ouvriers nécessaires à la subsistance du peuple et les ouvriers de corporations libres, avaient disparu en même temps que l'empire.

Cependant de nouveaux règlements virent le jour. C'est ainsi que le travail durait toute la journée, mais dès que le soleil était couché, il fallait que les boutiques se fermassent et le marchand n'avait pas le droit de continuer son commerce à la lumière. La loi avait voulu, par ce moyen, prévenir les fraudes ; il permettait aux aubergistes seuls d'avoir leurs maisons ouvertes à toute heure de la nuit. Elle avait, dans une pieuse intention, imposé la même obligation pendant les fêtes religieuses. Les dimanches, les occupations de la

(1) En effet, les chartes municipales de Ravenne, qui sont parvenues jusqu'à nous, font mention en 943 d'une corporation de pêcheurs, en 953 d'un chef de la corporation des négociants et en 1001 d'un chef de la corporation des bouchers

ville et celles de la campagne cessaient également ; les femmes ne pouvaient pas même laver leur linge ou faire de la tapisserie. Les contraventions étaient punies d'une forte amende de 15 sous pour le franc, de 7 1/2 pour le romain et de 3 sous pour l'esclave. D'ailleurs sous les deux premières races, le commerce languit en Gaule, entravé par des invasions et par des guerres continuelles, par l'appauvrissement du pays, par l'oubli du bien-être, par des barrières artificielles et des impôts onéreux.

Les ouvriers devinrent pour la plupart esclaves ou serfs et durent se fixer dans les campagnes où vivaient leurs maîtres ; quelques-uns se firent moines et travaillèrent loin du monde, dans l'intérieur des cloîtres. L'isolement dans lequel vécurent les uns et les autres, l'absence de communications et de besoins, la misère et les guerres furent funestes au développement du travail, et partout dans le commerce, dans l'industrie, dans les arts, il y eut une profonde décadence durant les six premiers siècles qui suivirent la chute de l'empire. Cependant cette désorganisation ne fut pas entièrement inutile à la société : les lourdes chaînes qui liaient l'homme à la corporation antique furent brisées ; les germains donnèrent à la classe ouvrière l'esprit d'indépendance et de liberté qu'ils avaient apporté en Gaule, et les moines en travaillant eux-mêmes, lui apprirent la dignité du travail.

Inutile de dire que l'individu, dans les conven-

tions qu'il faisait, avait réussi à donner à sa volonté une autorité et une indépendance que la loi lui refusait.

III

Comme nous venons de le voir, le droit romain n'a jamais consacré le principe de l'autonomie, ni quant à la formation, ni quant aux effets du contrat. Mais alors, comment le trouvons-nous dès le XIII^e siècle reconnu par Loysel dans ses dictons : « On lie, dit-il, les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles, et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain », ou encore : « Convenances vainquent loy. » C'était là un axiome courant qu'on retrouve dans les principaux coutumiers du XIII^e siècle. D'où vient-il ? On avait soutenu qu'il a son origine dans les coutumes germaniques. M. Esmein a fini par rejeter cette opinion, à la suite des travaux de M. Sohm en particulier (1) qui « établissait que le vieux droit germanique connaissait seulement deux sortes de contrats, un contrat formaliste et solennel qui s'appelait la *fides facta* et des contrats qui se forment (re) ». Il n'admettait pas de contrats consensuels (2).

(1) Voir Esmein : *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français* ; p. 6.

(2) Esmein, op. citée, p. 7. « D'après le droit germanique, dit M. Sohm, un contrat ne veut point dire simple consen-

D'ailleurs, il est à peu près impossible, que cela se passe autrement, dans une législation, encore primitive, faite pour une société où l'instruction est encore peu développée. Comment pouvoir affirmer que le consentement a été définitivement donné et que l'obligation a pris naissance ? Il est parfois très difficile de distinguer les pourparlers qui précèdent la convention de la convention elle-même. En outre, la question de preuve est nécessairement primordiale.

Aussi la loi moderne a-t-elle exigé un écrit pour les conventions dépassant une certaine somme. C'est pourquoi les législations très anciennes n'osaient pas admettre l'existence d'un consentement verbal (1), non accompagné d'un fait matériel, pour le rendre obligatoire et en faciliter la preuve (2).

tement (contrat non formaliste), mais comme dans le vieux droit romain, il n'existe qu'autant qu'il s'y joint une forme déterminée ou une prestation (re). D'après le droit germanique, il n'existe que des contrats formalistes ou réels, pas de contrats consensuels. » Il nous cite aussi l'opinion conforme de M. Stobbe et de Schulte.

(1) Pour les mêmes raisons que nous venons d'indiquer les conventions écrites étaient sanctionnées et par la loi franque et par les anciennes coutumes. Ces lettres ne servaient pas comme preuve, mais comme moyen de s'obliger. L'expression s'obliger par lettres revient à chaque instant dans les principaux coutumiers. (Voir Beaumanoir, XXXV, I, 10, 13, 15, 18).

(2) Esmein, *op cit.*, p. 8 : « Pendant longtemps notre vieux droit ne distinguait pas nettement les deux questions : la simple convention est-elle obligatoire ? La simple convention peut-elle être prouvée ? Le second point sera même le plus important ; et ce n'est que par suite d'une modifi-

En réalité, les juristes du XIII^e siècle ont cru emprunter ce principe au droit romain.

Dans le très ancien droit coutumier, comme à l'époque franque, le consentement ne suffit point pour obliger. Une prestation accomplie, ou un acte matériel équivalent, était nécessaire pour qu'un contrat tint.

On se contentait, cependant, d'une prestation partielle, pour déclarer la convention obligatoire ; tout ce qu'on visait étant de mettre au-dessus de toute contestation un consentement réel et sérieux, on admit que d'autres faits avaient le même pouvoir. M. Esmein signale en première ligne le denier à Dieu et la paumée. Cette dernière est très intéressante à signaler : « les parties sont liées lorsqu'on s'est frappé dans la main, dans la paume de la main ». M. Esmein croit « que c'est une tradition réduite à sa plus simple expression, au lieu de remettre une pièce de monnaie, on n'en fait plus que le geste, on touche la paume de la main ».

C'est aller un peu loin. Peut-être, ce geste signifie simplement la satisfaction des parties de s'être mises d'accord sur toutes les conditions de la convention qu'ils veulent conclure ensemble (1).

cation profonde dans la théorie des preuves, que le principe nouveau en matière de contrat apparaîtra dans tout son jour ».

(1) C'est ce qui se passe encore dans les villages en Egypte. On se donne la main après avoir fait une conven-

Quant à la maxime « convenances vainquent loy », elle avait une autre signification qui ne lui donne pas la portée qu'on lui attribue généralement : Les coutumes attribuaient les biens de toute personne après son décès, à ses héritiers du sang. Ceci pouvait faire croire qu'on était tenu de garder ses biens pour ses héritiers ; or, ce n'était pas là, l'idée de la loi qui lui permettait d'en disposer, pendant sa vie, par convention valable ; et pour éviter toute discussion, on a cru utile de consacrer cette permission : d'où notre maxime. Elle ne visait donc pas les conditions qui rendent une convention obligatoire (1).

Et si Loysel avait entendu, en consacrant cet adage, que les conventions par elles-mêmes font la loi des parties, Beaumanoir, au contraire, connaissait sûrement son vrai sens (2). Cela ne

tion en signe d'amitié et pour constater que rien ne divise plus les parties. Le même moyen était suffisant aussi pour le vieux droit allemand et anglais.

(1) Voici un passage de Jean d'Ibelin, cité par M. Esmein, *op. cit.*, p. 29 : « Et se aucune home fait aucun convenant contre l'assize que l'on a jurée à tenir doit estre premièrement tenue, et après, si l'autre peut prouver les convenanz, si come il doit, les deus doivent estre tenus par ce que chacun peut le sien donner et aliéner par sa volonté par assize et sans assize, et que les convenans faits et provés si come ils deivent, deivent être tenus et maintenus car on dit : convenant vaine loi. »

(2) Beaumanoir, XXXIV, 23, cité par Esmein, p. 29 : « Ce q'on dit (convenance loi vaint) c'est à entendre de sa propre coze, qui n'est pas obligé à autrui par constume ; car vous est par constume que mes héritages est obligiés

l'empêcha pas d'ailleurs d'admettre, avec presque tous les autres coutumiers, que le consentement suffit pour obliger. On invoquait pour soutenir cette théorie des textes romains interprétés fausement ; le droit canonique facilita sa consécration (1). Alors même qu'il s'agissait d'une obligation déclarée nulle par le droit civil, le tribunal ecclésiastique la faisait respecter, si elle avait été contractée sous la foi du serment. On exige seulement que la convention ne soit pas prohibée par l'Eglise (convention fixant des intérêts, par exemple) (2).

De même, les tribunaux laïques reconnaissaient, dans une certaine mesure, la force du serment promissoire, sans admettre qu'il y eût là un moyen de tourner les prohibitions des coutumes (3).

En outre, on voit les coutumiers placer la confiance à côté du serment (4).

Ces anciens auteurs n'ont fait qu'élargir le sens et la portée des règles du droit romain prétorien et impérial, qui validaient certains pactes nus. Ils

à mes hoirs, se je ne le veut, on se je ve le donne, à mon vivant par certaines cozes resnable. »

(1) Beaucoup de textes la proclament dans le *corpus juris canonici*.

(2) On exigeait le paiement des intérêts puis on permettait au débiteur de les répéter. Ceci nous montre le respect qu'on avait pour les conventions.

(3) Esmein, *op. cit.*, p. 35.

(4) Beaumanoir, XXXIV, 28 : « Si aucun convenant pour foi ou pour serment » et les coutumes cités par Esmein pages 36 et s.

ont appliqué ces textes exceptionnels comme s'ils n'étaient que l'application d'une règle plus générale et plus étendue (1). Et c'est ainsi que le droit romain a donné ce qu'il n'a jamais connu, ni permis.

Désormais, on peut s'engager par sa seule volonté, c'est certain ; mais peut-on s'engager à n'importe quoi, sous n'importe quelle condition, pourvu qu'on le veuille. ? En d'autres termes, l'évolution, qui s'est terminée par la consécration de la liberté des parties en ce qui concerne la forme de leur convention, s'est-elle produite et a-t-elle eu le même résultat pour les effets ou le contenu du contrat. Nous avons vu qu'à la fin du X^e siècle, les parties avaient, en fait, un large pouvoir pour fixer les conditions de leurs conventions, sinon, en droit. Ceci n'était que le résultat de la décadence du commerce et de l'industrie, de la disparition des corporations et des collèges ouvriers et par suite de l'inobservation des lois et des règlements qui les concernent. Mais avec la renaissance des arts et du commerce, le développement des relations humaines qui ont accompagné et suivi la période des croisades, l'intervention de la loi fut de nouveau jugée nécessaire pour faire régner, plus de justice et d'équité dans les contrats, plus de probité et de loyauté dans les relations

(1) V. les citations que fait M. Esmein, p. 37 et s. de Pierre Fontaines et qui ne sont que la traduction du principium de la loi première du Digeste.

commerciales. Le droit canonique aida puissamment au développement de ces idées (1). C'est ainsi que les Théories de juste prix, de juste salaire, de même que les règlements des corporations, ont vu le jour. Nous allons voir comment cela constituait une gêne pour la liberté des contractants, une véritable entrave à leur volonté qui est reléguée, pour ainsi dire, au second plan.

IV

Avant de désirer et de demander la liberté, il faut en connaître le prix et les avantages qu'on en tirera. Aussi les habitants des villes, qui en travaillant, avaient commencé à s'enrichir, cherchèrent les moyens de s'assurer la jouissance des biens qu'ils ont acquis et d'en acquérir d'autres ; d'où ils furent amenés à désirer et à chercher l'indépendance et la liberté. Beaucoup de petites associations secrètes avaient précédé la grande association de tous les citoyens. Parmi ces petites associations, celle des artisans exerçant le même métier était une des plus naturelles. Leurs intérêts communs et les relations journalières qui existaient entre eux les rapprochaient et les incitaient à se

(1) Brants. *Les théories économiques aux XIII^e et XIV^e siècles*, p. 11 et s.

réunir pour mieux se défendre. Les corporations se réformèrent ainsi d'elles-mêmes, sans révolte, ni bruit, dès avant le XII^e siècle ; mais « c'est seulement vers l'an 1200, lorsque le mouvement communal, auquel ils avaient donné naissance, leur eut, à son tour, communiqué une nouvelle activité, qu'on les voit constitués d'une manière complète et régulière » (1).

Le corps de métier se rapprochait par sa constitution, sur beaucoup de points, du collège romain, mais il en différait absolument par l'esprit (2). En tout cas, il fut une institution libre qui protégea et sauvegarda les droits du travail (3). C'était là le germe et l'origine de toutes les autres libertés

(1) Levasseur (E.). *Histoire de la classe ouvrière avant la Révolution*, t. I, p. 195.

(2) Levasseur, *op. cit.* t. I, p. 195 : « En Gaule, c'était une servitude que l'empereur imposait à l'artisan, on était contraint d'y entrer, ou du moins on n'avait pas la permission d'en sortir. En France, au XIII^e siècle, c'était un privilège par lequel l'artisan se protégeait lui-même contre la concurrence étrangère et contre les caprices des officiers du seigneur : on n'y était pour ainsi dire admis que par faveur. D'oppressive qu'elle était, la corporation est devenue protectrice. Il y a un abîme qui n'empêche pas d'apercevoir les liens de parenté qui les rattachent l'une à l'autre ».

(3) Cf. Brants, *op. cit.*, p. 66, p. 126 : « On a bien souvent analysé les statuts corporatifs ; on y trouve bien des mesures sur le paiement des salaires, sur le travail à la journée ou à la tâche, sur les heures du travail, sur le travail des enfants et des apprentis, toutes destinées à protéger les ouvriers et à empêcher les abus de la concurrence ».

communales. Cependant, les conditions de cette reconstitution des corporations avaient leurs inconvénients. En effet, c'était l'œuvre des intéressés eux-mêmes, ils en profitèrent pour se réserver autant que possible, le privilège exclusif du travail (1).

De là l'interdiction faite aux forains de venir vendre leurs produits qu'à certains jours et sous certaines conditions, de là la limitation du nombre des maîtres dans certaines professions, de celui des apprentis dans presque toutes (2).

Il était, en outre, tout naturel que chaque corporation réglât les conditions d'exercice du travail, du moment qu'elle assurait à ses membres le monopole. L'inexistence de toute concurrence (3) qui aurait servi à défendre les intérêts des acheteurs, l'obligeait à prendre cette défense en main en contraignant, par des amendes et des châtiments, les artisans à fabriquer de bonnes marchandises et à ne pas essayer de s'assurer de plus grands profits par la vente assurée de produits

(1) Brants, *op. cit.*, p. 114.

(2) On n'eut aucune tendance à corriger ces vices, qui, au contraire, s'étendirent d'une façon abusive, jusqu'à en faire de la corporation, si utile aux XII^e et XIII^e siècles, une institution rétrograde qui entravera autant le progrès des classes ouvrières, qu'elle l'avait facilité dans les premiers temps (Levasseur, p. 199 et s.).

(3) Cf. Brants, *Les Théories Economiques aux XIII^e et XIV^e siècles*, p. 7.

plus ou moins falsifiés (1). Dans presque tous les métiers, des règlements minutieux fixaient la quantité et la qualité de la matière, le poids, la forme et le mode de fabrication des produits. Depuis le matin jusqu'au coucher du soleil, l'activité pouvait régner dans les ateliers, le soir le silence se rétablissait partout, et on ne voyait plus de lumière qu'à quelques rares fenêtres derrière lesquelles travaillaient des artisans privilégiés. Le dimanche et tous les jours de fêtes religieuses, les boutiques étaient également fermées, le travail cessait, les bains n'étaient pas chauffés et les boulangers eux-mêmes ne cuisaient pas du pain (2).

La vente était soumise à des règlements de même nature que la fabrication. On recommandait surtout aux marchands de donner bon poids et bonne mesure. Souvent le prix était fixé d'autorité. Prince, corporations, canonistes, étaient tous d'accord sur ce but, sinon sur les raisons pour lesquelles on l'admettait. Les mesures princières étaient trop souvent la conséquence des funestes mutations monétaires qui causaient tant de bouleversements (3). C'est cette fixation arbitraire de la valeur de la monnaie dans l'échange qui obli-

(1) Levasseur, *op. cit.*, t. I, p. 241. « Faire œuvre bonne et loyale, telle est la loi qu'imposent tous les statuts et dont les règlements particuliers de chaque métier ne sont que le développement. »

(2) Levasseur, p. 255.

(3) Brants, *op. cit.*, p. 202.

gea les princes à intervenir pour fixer les prix de certains objets (1). D'ailleurs une idée, très répandue et très explicable, à une époque où les communications étaient difficiles et lentes, faisait au prince un devoir de veiller aux approvisionnements. De là les entraves à l'exportation des grains, l'obligation de vendre, la fixation des prix (2), etc. Les corporations en fixant les prix avaient en vue le profit à réaliser, le privilège rendait ces mesures faciles à appliquer, et peut-être n'étaient-elles pas toujours exemptes d'exagération, mais elles avaient pour but, nous l'avons dit, de protéger à la fois le producteur et le consommateur. Au pre-

(1) Brants, *op. cit.*, p. 185. — Pourtant il faut reconnaître que ces mesures furent inefficaces : en effet, Philippe-le-Bel, après avoir répété, coup sur coup, avec un scandaleux éclat, une mesure qui, avant lui, n'avait eu que moins d'importance et de gravité (Levasseur, *op. cit.*, t. I, p. 558) dut, en 1304, et sous prétexte (nous venons de voir la cause réelle) d'empêcher la spéculation et de « réfréner la commune tempête », fixer le prix du blé et ordonner que tout producteur viendra approvisionner les marchés. Mais comme ceux-ci étaient déserts et chacun gardait ses céréales au logis, le roi rapporta son édit : « ordonnons que quiconque aura du grain susdit, il puisse le donner pour le prix qu'il voudra et commandons que sûrement on puisse venir sur le marché sans crainte pour chevaux et charrettes. » (V. A. Béchaux, *l'Ecole économique française*, 1902, p. 110).

(2) Cf. Brants, *op. cit.*, p. 212 : « Ces précautions ne sont pas surprenantes ; ce n'est qu'avec un service commercial organisé et de voies de transports rapides qu'on peut dire qu'il suffit d'être riche pour ne pas craindre la disette parce qu'on peut toujours acheter. »

mier le monopole, au second la garantie du produit (1).

Les canonistes trouvaient dans cette fixation un excellent moyen de chercher à appliquer et à réaliser leurs idées de juste prix (2) et de juste salaire (3). Ils admettaient et demandaient l'intervention de l'Etat pour la détermination des prix. Ils lui conseillaient, tout en tenant compte de la nécessité pour les paysans et artisans de vivre, de les réduire autant que possible et cela dans l'intérêt même des ouvriers qui doivent, eux aussi, acheter pour vivre (4). Ils pensaient qu'il y a une justice absolue, dont les données se traitent comme les données mathématiques, ce qui leur permettra d'établir avec certitude une fois pour toute ce qui est juste (5).

D'où ce vœu de la tarification légale, moyen radical d'éliminer l'arbitraire auquel se heurtaient incessamment leurs spéculations sur ce qui est

(1) La royauté attaqua plusieurs fois ce monopole ; elle voulait régler par des lois générales l'industrie et ne pas laisser, chaque métier, l'entraver par des règlements égoïstes. Mais elle échoua dans ses tentatives encore prématurées et la corporation resta, malgré les efforts du pouvoir, fermée aux étrangers et animée de l'esprit de monopole (Levasseur, *op. cit.*, t. I, p. 453).

(2) V. Tarde (A. de). *L'idée du juste prix*. Thèse Paris, 1906.

(3) V. Polier. *L'idée du juste salaire. Essai d'histoire dogmatique et critique*. Thèse Toulouse, 1903.

(4) Brants, *op. cit.*, p. 108.

(5) Tarde (A. de). *L'idée du juste salaire*, p. 31.

juste. Il fut naturel aux grands penseurs du temps que le prix des choses, en bonne justice, devait relever entièrement de la loi. En voulant imposer au prince le devoir de fixer le prix, Gerson, Trithème, Biel, témoignent par là de cette confiance dans l'autorité qui fut la première forme de l'opinion d'une justice plus grande (1). Gerson nous laisse peu de doute à ce sujet: « il serait possible, dit-il, de régler, par une loi équitable, le prix des marchandises de toutes sortes, meubles, immeubles, etc... Au delà de ce prix, il ne serait pas permis au vendeur de rien exiger, ni à l'acheteur de rien offrir lui-même. Dans le contrat de vente, le prix convenu est en quelque sorte l'équivalent de l'objet cédé ; mais comme les passions contraires et dépravées des hommes rendent difficile la fixation de cet équivalent, il est bon qu'il soit déterminé par un sage. Or dans un Etat, nul ne doit pas être censé plus sage que le législateur. C'est donc au législateur qu'il appartient de régler, autant que possible, pour chaque chose, le juste prix qui ne doit pas être dépassé par les particuliers, en dépit de leurs caprices qu'il faut enchaîner et réprimer, dans la mesure où l'exige le bien de l'Etat. Plût à Dieu que le prix de toutes les denrées fut réglé comme l'ont été le prix du pain et celui du vin ! Combien on éviterait par là d'altercations, non seulement inutiles, mais impies, qui

(1) Tarde (A. de), *op. cit.*, p. 32.

s'élèvent, chaque jour, entre les vendeurs et les acheteurs. De tels débats seraient impossibles dès que l'on pourrait dire, sans beaucoup de paroles et en termes absolus : cette aune de drap vaut tant ; cette mesure de blé tant. Payerait le prix qui voudrait, celui qui le trouverait trop élevé s'éloignerait sans tenir de mauvais propos. La mesure est d'une application difficile j'en conviens ; mais combien elle aurait d'effets salutaires ! Elle serait une source de paix pour les hommes de bonne volonté et de gloire pour Dieu (1). »

Au contraire, Buridan contestait au prince le droit de dire : « qu'un denier vaudrait autant de vin » (2). Cependant la tendance générale qui prédominait était pour la fixation. Langenstein, qui constate que la valeur ne dépend en elle-même ni de la volonté des parties, ni d'un décret du gouvernement, que les échanges et les contrats *inventés pour le bien de l'humanité*, de telle façon, que tous s'entr'aident dans leurs nécessités mutuelles, doivent être présidés par la justice et la charité, admet pourtant que la loi fixe un prix normal des produits. Il préconise cela à cause de l'avarice des hommes, qui a

(1) Polier, *op. cit.*, p. 48. D'après Jourdain : *Mémoire sur le commencement de l'économie politique dans les écoles du moyen-âge* ; dans *Mémoires de l'Académie des inscriptions et belles lettres*, tome XXVIII, année 1874.

(2) Brants, *op. cit.*, p. 201. D'ailleurs il convient de noter que Buridan vivait au milieu du XIV^e siècle.

détourné les échanges et les contrats de leur but et qui les a faits servir à rendre les indigents plus indigents encore, en ne cherchant que le profit temporel sans souci du profit éternel (1).

Cette tarification légale, c'est la simplification jusqu'à l'extrême du problème de la valeur, c'est l'adoption d'un système de valeurs mécanique et rigide, tel que pouvait le concevoir des esprits peu souples, mais désireux avant toute chose de clarté et de justice (2). Ceci nous prouve aussi que les premiers canonistes n'avaient jamais admis la notion de la valeur relative ou individuelle ; ils confondaient le prix et la valeur de la chose et ils n'admettaient pas qu'il puisse hausser ou diminuer sans que l'objet change matériellement. Chaque chose doit avoir le même prix (et par suite la même valeur) pour tout le monde. Ce prix se détermine d'après les besoins du producteur qui doit vivre selon sa classe. Il faut, d'après Langenstein, que le producteur (artisan salarié, laboureur) en réclamant son salaire « considère combien il doit vendre sa chose pour conserver son état et se nourrir conformément à cet état, et qu'après avoir raisonnablement estimé ses dépenses et son travail, il calcule d'après cela le prix de son ouvrage » (3).

La même base doit être utilisée par le législateur

(1) Brants, *op. cit.*, p. 175 et 201.

(2) Tarde (A. de), *op. cit.*, p. 43.

(3) Cité par Tarde, *op. cit.*, p. 43.

dans les cas où il croit bon d'intervenir. La première chose dont on doit en tenir compte est donc la classe des producteurs de la marchandise. La concurrence n'avait aucune influence sur cette détermination puisqu'elle n'existait pas au moyen âge. C'est donc cette idée morale de la rémunération selon les besoins de chaque classe qui constitue la base essentielle pour la détermination de la valeur et la fixation du prix. Ceci devant être observé dans les contrats, on comprend aisément cette règle, que les parties ne peuvent pas modifier ce juste prix dans leurs conventions de leur seule volonté guidée par leurs intérêts individuels (1).

Cependant cette fixation des prix, ayant comme base et comme but le maintien de chacun, dans la classe sociale à laquelle il appartient, sans espérance de pouvoir jamais l'améliorer, était contraire à tout progrès et à toute innovation. Aussi certains canonistes, dont le nombre allait toujours en augmentant, étaient moins rigides dans leurs affirmations. C'est ainsi que Saint-Thomas lui même admet, qu'on puisse laisser un peu de liberté, aux parties, pour cette fixation,

(1) Brants, *op. cit*, p 108 : « On ne peut y déroger. Voilà le principe : on ne peut abuser de la situation d'une des parties pour *extorquer* des excès de prix ; une sorte d'usure intervient aisément dans ces contrats par des perceptions injustes, rompant l'égalité réciproque, qui fait la justice du contrat... Il est vrai que la loi humaine n'est pas aussi exigeante : rescision de la vente pour lésion d'outre moitié. »

pourvu qu'elle ne dépasse pas une certaine limite : « le juste prix, nous dit-il, n'est pas déterminé d'une façon précise, il consiste plutôt dans une certaine appréciation, si bien qu'on peut, semble-t-il, y ajouter ou en retrancher un peu, sans que la justice en souffre » (1).

Buridan va beaucoup plus loin et reconnaît la valeur relative et individuelle et c'est ce qui explique son opposition à toute tarification légale des prix : « Ce qu'il faut des choses, dit-il, est mesuré par l'étendue de notre besoin, et la valeur de ce qu'il en faut est d'autant plus forte que le besoin est plus grand ; de même plus est grande la capacité d'un tonneau vide, plus il faut du vin pour le remplir..... D'ailleurs le prix des choses ne peut se régler d'après leur valeur naturelle (intrinsèque), sans quoi une mouche vaudrait plus que tout l'or du monde » (2).

De même les derniers canonistes trouvent que la plus ou moins grande utilité d'une chose par rapport à une personne est la meilleure base pour en déterminer la valeur. C'est le revirement complet, d'objectif, le juste prix devient subjectif. La changeante et relative notion de l'utilité, prend ainsi la place de l'ancienne notion des frais de production qui était plus fixe et plus précise.

Ce changement entraîna, comme conséquence

(1) Cité par Tarde (A. de), *op. cit.*, p. 47.

(2) *Quæstiones in decem libros Ethicarum Aristotelis*, lib. V, *quæstio* 16, cité par Tarde (A. de), *op. cit.*, p. 50.

naturelle et incontestable, l'acceptation de différents prix : « Le *summum*, le *médium* et l'*infimum justum pretium*. Entre ces deux extrêmes la justice s'apprécie sans rigueur..... On considère maintenant le cas de justice individuel et non plus le précepte de justice universel » (1).

Bernardin de Sienne, Antonin de Florence au XV^e siècle, et Médina au XVI^e siècle, admettent la justesse du prix qui se détermine librement d'après les circonstances particulières des parties et suivant les conditions du marché. Le juste prix est alors, nécessairement vague, tout à fait incertain et imprécis, puisqu'il se détermine et change d'après les circonstances. « Ainsi au juste prix autoritaire et dogmatique, s'est substitué un juste prix de circonstance » (2).

Les mêmes idées, avec le développement que nous avons vu, furent naturellement appliquées au juste salaire qui n'était qu'une application de la théorie, plus générale et plus importante, du juste prix (3). En effet, les ouvriers ne formaient pas encore une classe à part, distincte de celle des patrons, comme on le voit aujourd'hui. Généralement chaque ouvrier devenait un petit patron, et

(1) Tarde (A. de), *op. cit.*, p. 51.

(2) Tarde (A. de), *loc. cit.*, p. 52.

(3) Cf. Brants, *op. cit.*, p. 125 : « et l'on peut considérer comme établi que l'on appliquait au salaire la doctrine du juste prix dans les contrats », et Polier, *op. cit.*, p. 34 : « Le principe de la juste rémunération du travail est contenu dans la théorie générale du juste prix ».

s'établissait pour son compte dès qu'il avait fini son apprentissage. Son salaire dépendait, presque uniquement, du prix de vente, du produit de son travail.

Tous les canonistes l'admettent ainsi. Saint-Thomas considère le salaire comme le prix de location du travail et formule très nettement le juste prix dans son application au salaire. Saint-Antonin, peu clair, mais suffisamment précis, pour faire comprendre toute sa pensée, nous dit : « Que si on donne à l'ouvrier comme salaire en nature, des marchandises de valeur réduite, de façon à ce qu'il n'ait pas ainsi le salaire, réputé convenable, suivant l'estimation commune, et qu'il ait dû accepter, par pauvreté, ce salaire réduit, pour se nourrir lui et sa famille, l'employeur est *obligé* de suppléer, plus ou moins, car l'ouvrier mérite son salaire en justice, et on heurterait l'égalité de justice, de même qu'en matière de vente, où on ne peut acheter en dessous du juste prix aux dépens du vendeur nécessiteux » (1). N'admet-il pas l'idée de l'intervention d'une autorité quelconque pour modifier le contrat pour des raisons d'équité et de justice? N'invoque-t-il pas l'inégalité des situations des parties? Tout cela nous est très important et mérite d'attirer l'attention, car ce sont ces mêmes arguments que nous retrouvons aujourd'hui pour justifier et demander cette

(1) Cité par Brants, *op. cit.*, p. 120.

intervention. On voit que ce qui paraît, pour certains, inadmissible et exorbitant aujourd'hui, ne souffrait pas la discussion au moyen-âge.

Cette même égalité (1) entre les parties servait aussi d'appui principal pour interdire et condamner l'usure : « Celui, nous dit saint Thomas, qui prête sans y être tenu peut en accepter le dédommagement, mais rien exiger de plus. Or il est dédommagé suivant l'égalité de justice, si on lui rend ce qu'il a prêté. Si donc il exige davantage pour l'usufruit d'une chose qui n'a d'autre usage que la consommation même de sa substance, il exige le prix d'une chose qui n'existe pas. Ce qui est une exaction injuste ».

On considérait comme un profit extorqué les intérêts exigés, du moment que la propriété de la chose est transférée pour être consommée, et le prêteur ne devait équitablement avoir aucun droit sur les fruits qu'elle produit.

Pourtant, ils reconnaissent volontiers que la loi ne peut pas être tellement sévère : « La loi civile, dit saint Thomas d'Aquin, ne peut interdire

(1) Il est tout à fait remarquable que l'égalité de nature ait été invoquée dans les chartes : « Ordonnance de Louis-le-Hutin du 3 juillet 1315 : comme selon le droit de nature, chacun doit naître franc » N'en exagérons cependant pas la portée sociale. Le but de cette ordonnance était purement fiscal : on voulait créer des contribuables pour les frais de la guerre de Flandre et le roi lui-même prévit le cas où les affranchis méconnaîtraient les bénéfices de leur liberté. V. Brants, *op. cit.*, p. 97.

tous les péchés, à cause de l'imperfection des hommes, car bien des utilités seraient entravées par une trop grande rigueur. C'est par ce principe que la loi humaine a toléré l'usure, non pas qu'elle l'approuve en justice, mais pour ne pas nuire aux intérêts d'un grand nombre » (1).

Nous étions donc dans le vrai en affirmant que les parties n'étaient pas libres de régler le contenu de leurs conventions de par leur propre volonté.

Toutes ces idées et ces théories n'étaient que l'application et les conséquences d'un idéal moral que les canonistes défendaient avec violence. Ils considéraient que la poursuite des richesses est mauvaise, que l'échange ne doit pas avoir pour but un gain, mais la satisfaction des besoins. Ils voulaient ainsi, subordonner l'ordre économique à l'ordre moral, soumettre l'activité industrielle de l'homme à la considération du but final et général de tout son être. Pourtant l'intérêt personnel n'était nullement condamné, mais simplement réglé par cette loi de la fin.

V

Ouvriers et maîtres étaient unis au ^{xiii}e siècle par leur égalité dans le travail et par les liens communs du corps du métier. Au ^{xiv}e et au ^{xv}e siècle, des règlements nouveaux les divisèrent.

(1) Brants, *op. cit.*, p. 457.

La maîtrise est devenue un titre auquel il n'est pas permis à tous d'espérer. Aussi les ouvriers délaissèrent les corps de métiers pour les compagnonnages et d'autres associations où ils trouvèrent une protection et une égalité qu'ils ne trouvaient plus auprès de leurs patrons (1).

Aussi, nous commençons à voir des contestations s'élever, entre ouvriers et patrons, ce qui facilita l'intervention royale pour essayer de régler leurs rapports réciproques. C'est ainsi qu'on établit dans la plupart des villes une cloche qui sonnait, le matin pour appeler les ouvriers à l'atelier, vers midi, pour annoncer le commencement et la fin du dîner et du repos, le soir, pour marquer le terme de la journée (2). Pour finir avec le renchérissement, conséquence inévitable des changements artificiels de la valeur de la monnaie, les rois crurent nécessaire, non seulement, la fixation du salaire des ouvriers, mais aussi, celle des béné-

(1) Levasseur, *op. cit.*, t. I, p. 496. « Au XIII^e siècle, l'un et l'autre étaient presque égaux, quiconque avait fait son apprentissage pouvait, du moins dans beaucoup de métiers, s'établir, « s'il avait de quoi ». Au XV^e siècle, il ne suffit plus d'avoir de quoi, il faut faire après l'apprentissage un second stage de deux, trois ou quatre ans comme compagnon, il faut après le stage, être admis aux coûteuses épreuves du chef-d'œuvre et on n'y est admis qu'à tour de rôle. Force est de rester quelques années, souvent toute la vie, ouvrier. Le corps de métier n'est plus un asile commun ; c'est la possession exclusive des maîtres, qui y décident seuls de toutes choses... »

(2) Ordonnance de juillet 1365.

fices des marchands. « Les drapiers et tous autres marchands, d'avoir des prix, dit le roi Jean, dans son ordonnance de 1351, pourront prendre de leurs marchandises deux soles pour livre d'acquet, et non plus eu égard à ce que la marchandise leur coûte rendue à Paris ». Le même prince défendit aux cordonniers de vendre des souliers d'homme plus de deux sous quatre deniers ; aux tailleurs de faire payer plus de quatre deniers par aune de drap ordinaire ; aux chambrières de recevoir plus de cinquante sous pour les gages d'une année ; à tous les ouvriers et artisans, d'exiger de leur travail, plus d'un tiers au delà du prix qu'ils demandaient « avant la mortalité » à laquelle on attribuait seule la cherté, et qui n'en était qu'une cause accidentelle et passagère (1).

Naturellement, on régla aussi le commerce de la boulangerie.

Le luxe fit de rapides progrès et les lois somptuaires, si rares aux XIV^e et XV^e siècles, furent sans cesse renouvelées au XVI^e siècle. Huit grandes ordonnances furent rendues à ce sujet depuis 1543, jusqu'à l'époque de la Ligue ; elles interdisaient l'usage des draps d'or, d'argent et de soie, d'abord à tous les sujets du roi ; plus tard à quiconque n'était pas gentilhomme, celui des riches ornements d'orfèvrerie, des plaques, des boutons d'or. Elles s'appliquaient à maintenir l'inégalité des

(1) Levasseur (E.), *op. cit.*, t. I, p. 564.

rangs que nivelait chaque jour la fortune ; elles défendaient aux femmes des bourgeois de prendre le titre de demoiselles et de porter le costume des nobles.

Avouons cependant qu'Henri IV a franchement reconnu une vérité, entrevue déjà par Philippe le Bel : l'utilité de la liberté du commerce et de l'industrie. C'est ainsi qu'en 1595, prohibant pendant une année de disette, la sortie des céréales, il s'excusait de faire violence aux relations commerciales et avouait « que l'expérience nous enseigne que la liberté du trafic, que les peuples et subjects des royaumes font avec leurs voisins et étrangers est un des principaux moyens de les rendre aisés, riches, opulents » (1).

Pourtant la royauté jugea nécessaire de rendre de nouveaux règlements pour protéger l'industrie et les industriels, qui font la richesse du royaume, tout en combattant le monopole des corps de métiers et des confréries qui cherchent à se soustraire à son autorité. C'est ainsi que la protection douanière qui apparut dès que la royauté eût de vastes domaines, fut reconnue par Henri IV, et Colbert en fut le législateur. C'était quand même un progrès appréciable vers la liberté. « C'est le royaume qui succède à la commune et le cercle qui s'agran-

(1) Levasseur, t. II, p. 428. — Si on se rappelle que le commerce des céréales a été réglementé même au temps où les idées libérales étaient le plus en vogue, on appréciera mieux les idées vraiment libérales de ce grand roi.

dit : liberté restreinte et imparfaite sans doute, mais on doit se garder de juger rigoureusement le passé avec les théories que suggère le présent. Cette restriction a protégé le berceau de la grande industrie ; comme l'égoïsme des communes et des corporations avait protégé l'enfance des arts manuels (1) ». C'est ainsi que lors de l'établissement de l'imprimerie royale dans les galeries du Louvre, en 1640, on rédigea un édit portant défense pour les papetiers « de vendre et débiter en gros et en détail, dedans et dehors le royaume, aucun papier à imprimer, à qui et sous quelque cause que ce puisse être, sans en avoir la permission par écrit du sieur de Noyers, qui leur sera donnée gratuitement, après que les magasins de la dite imprimerie royale auraient été fournis à prix raisonnable ». Rien ne prouve que cet édit ait été publié, mais il donna naissance à l'ordonnance du 5 avril 1641 par laquelle le roi enjoignit très expressément à tous marchands ou particuliers qui disposent des matières servant à fabriquer du papier, d'en fournir à prix raisonnable aux sieurs Ferriers et Dauvilliers, qui s'étaient chargés de la fourniture du papier nécessaire à l'imprimerie (2).

Colbert voulait doter toutes les professions d'un règlement. En quelques années, il fit plus de cent cinquante règlements nouveaux sur le travail. En 1669, il résuma et compléta cette législation par

(1) Levasseur, *op. cit.*, t. II, p. 150.

(2) Levasseur, *op. cit.*, t. II, p. 152.

quatre grandes ordonnances qui réglaient dans toute l'étendue du royaume, la juridiction, la fabrication des étoffes, la teinture des draps et celle des fils. C'était en quelque sorte un code de la draperie (1). Puis, comme si elles eussent été encore insuffisantes, il publia le 18 mars 1671, une instruction générale pour la teinture des laines de toutes couleurs et pour la culture des drogues et ingrédients qu'on y emploie. C'était un code et un manuel du teinturier long de 317 articles. On y classait les couleurs en simples et en composées, on en définissait la nature, analysait les propriétés, et comme la science n'était pas encore avancée de ce côté, on s'y égarait parfois dans des hypothèses qui ressemblaient plus aux rêveries d'un alchimiste qu'aux prescriptions d'un législateur (2).

Ces règlements n'aidaient pas toujours au développement de l'industrie, but poursuivi et voulu par Colbert, à cause de l'uniformité et de l'immobilité qu'ils imposaient, défauts qui se rencontrent d'ailleurs dans tous les règlements industriels. Ils constituaient une gêne considérable aux innovations et aux variations de la mode, de même qu'aux perfectionnements du travail. En effet, tout ce qu'ils n'autorisaient pas se trouvait par cela seul condamné. Beaucoup d'étoffes loyalement fabriquées se trouvèrent dans ce cas. Aussi ce qui devait en résulter, se réalisa ; ces règlements ne furent pas

(1) Levasseur, *op. cit.*, t. II, p. 179.

(2) Levasseur, *op. cit.*, t. II, p. 182.

observés. D'où le fameux arrêt du 24 décembre 1670. « Les étoffes manufacturées en France, disait cet arrêt, qui seront *défectueuses* et *non conformes aux règlements*, seront exposées sur un poteau de la hauteur de neuf pieds, avec un écriteau contenant le nom et le surnom du marchand et de l'ouvrier trouvés en faute, lequel sera posé devant la principale porte où les manufactures doivent être visitées et marquées, pour y demeurer les marchandises jugées défectueuses pendant deux fois vingt-quatre heures ; lesquelles passées, elles en seront ôtées par celui qui les y aura mises, pour être ensuite coupées, déchirées, brûlées ou confisquées, suivant qu'il aura été ordonné. En cas de récidive, le marchand ou l'ouvrier qui seront tombés, pour la seconde fois, en faute sujette à confiscation, seront blâmés par les maîtres et gardes, ou jurés de la profession en pleine assemblée du corps, outre l'exposition de leurs marchandises sur le poteau... et pour la troisième fois mis et attachés au dit carcan avec des échantillons des marchandises sur eux confisquées, pendant deux heures » (1).

Etre mis au pilori, comme un voleur, pour avoir fait, à la demande de son client, un genre d'étoffe que les règlements n'avaient pas prévu par suite d'un nouveau perfectionnement dans le travail... De pareilles mesures sont ridicules, sinon odieuses et portent en elles-mêmes leur condamnation.

(1) Levasseur, *op. cit.*, t. II, p. 190.

Pourtant il est certain que Colbert avait l'assentiment de presque tous les hommes versés dans ces matières (1) et qu'il prenait toujours soin de consulter les intéressés. Les artisans eux-mêmes reconnaissaient alors, en principe, la nécessité des règlements, tout en se plaignant de ceux qui leurs étaient imposés par la royauté. Colbert lui-même n'était assurément pas un des moins favorables à la liberté. Il écrivait en 1669 : « Il faut laisser faire les hommes qui s'appliquent sans peine à ce qui convient le mieux ; c'est ce qui apporte le plus d'avantages (2). « La liberté est l'âme du commerce ». « Il faut maintenir la liberté sans laquelle le commerce ne peut ni s'établir, ni prospérer » (3) écrivait-il ailleurs. Mais cette liberté ne lui paraissait pas incompatible avec la protection que chacun regardait, de son temps, comme la condition nécessaire du progrès des manufactures. Il est vrai qu'il considérait simplement les faveurs dont l'industrie des fabricants est l'objet comme « *des béquilles* » ; c'était pour lui le moyen de les sou-

(1) « Rien n'est si aisé que de perfectionner nos fabriques, disait à Colbert, le prévôt des marchands de Lyon, pour peu de secours qu'on leur donne, c'est-à-dire, en conservant les ouvriers dans la liberté de leurs privilèges et dans la rigoureuse observation de leurs règlements » (6 janvier 1665). Tous les administrateurs, depuis le commencement du siècle, tenaient le même langage : tous demandaient des règlements sévères. V. Levasseur, *op. cit.* t. II, p. 175.

(2) Levasseur, t. II, p. 193.

(3) Levasseur, t. II, p. 236.

tenir jusqu'à ce que leurs forces se fussent développées. Or la grande question est de savoir à quel moment, elles le sont suffisamment, et Colbert pensait que ce moment n'était pas encore venu en 1681 (1).

Avant d'arriver au siècle de la révolution remarquons que les idées du grand jurisconsulte du XVII^e siècle, Domat, sur la question qui nous intéresse, étaient les mêmes que celles des juriconsultes du XIII^e siècle et des principaux canonistes.

Il estimait « que tout homme étant un membre du corps de la société, chacun doit remplir ses devoirs et ses fonctions selon qu'il y est déterminé, par le rang qu'il occupe et par les autres engagements. D'où il s'ensuit que les engagements de chacun, lui sont comme ses lois propres » (2). Et s'il admet formellement le principe de la liberté des conventions (3), il admet aussi l'idée de juste prix et n'écarte son application d'une façon absolue, que pour des raisons de commodités commerciales : « Il est de droit naturel que celui qui achète

(1) Levasseur, t. II, p. 236.

(2) Domat. *Du Traité des lois*, chap. V, n^o 11.

(3) *Du Traité des lois*, chap. V, n^o 9 : « Que les engagements volontaires entre les particuliers devant être proportionnés aux différents besoins qui leur en rendent l'usage nécessaire, il est libre à toute personne capable des engagements de se lier, par toute sorte de conventions, comme bon leur semble et de les diversifier selon la diversité infinie des combinaisons que sont dans les affaires les conjonctures et les circonstances ».

n'abuse pas de la nécessité où se trouve celui qui vend et n'achète pas à un trop vil prix. Mais parce qu'il serait d'une conséquence trop incommode dans le commerce de rompre toutes les ventes où la chose vendue ne serait pas à son juste prix, on a réglé, par une loi arbitraire, que les ventes ne pourraient être résolues, à cause de la vileté du prix, que dans le cas où un héritage se trouverait vendu au-dessous de la moitié de la juste valeur. Et on dissimule, pour le bien public, l'injustice des acheteurs au-dessous de cette lésion, etc... (1) ».

Et c'est ainsi aussi que tout en déclarant que par les conventions les parties « se font entre elles une loi d'exécuter ce qu'elles promettent (2) » et que « les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu *tient lieu de loi à ceux qui les ont faites* (3) », il affirme que « quiconque a du sens ne peut refuser de tenir pour injuste et pour illicite tout ce que Dieu condamne et défend (4) », pour condamner l'usure comme odieuse, criminelle et qui n'a pour titre « que la cupidité de celui qui prête

(1) Domat. *Du Traité des lois*, chap. XI, n° 10.

(2) *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, liv. I, § 1, p. 26.

(3) *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, liv. I, titre I, section II, n° 7, p. 30.

(4) *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, titre VI, p. 113.

et l'indigence de celui qui emprunte (1) ». C'est pourquoi il reconnaît enfin au juge le droit de diminuer la somme convenue comme stipulation pénale : « les difficultés de régler la valeur des dommages et intérêts qui peuvent suivre de l'inexécution d'un engagement, obligent quelquefois, ceux qui traitent ensemble de convenir d'une certaine somme que celui qui manquera d'exécuter ce qu'il a promis sera tenu de payer à l'autre, pour lui tenir lieu de dédommagement. Mais comme ces sortes de stipulations sont moins une juste estimation, qu'une précaution pour engager celui qui s'oblige à une plus grande fidélité, par la crainte d'encourir la peine de payer la somme réglée, il dépend de la prudence du juge de modérer cette somme, si elle excède le dommage effectif.... Au contraire, on ne pourra pas l'estimer au delà de cette somme » (2).

(1) *Les lois civiles dans leur ordre naturel* titre IV, p. 117.

(2) Domat. *Des lois civiles*, livre III, titre 7, sect. II, n° 15, p. 396.

CHAPITRE II

LE XVIII^e SIÈCLE, LA RÉVOLUTION ET L'ARTICLE 1134 DU CODE CIVIL

- I. *Les économistes* : Law essaie de supprimer certains offices. — Confusion de la mauvaise foi et de la liberté des contrats. — Idées libérales des physiocrates. — Leurs attaques à toute idée d'intervention de l'Etat pour réglementer le travail, le commerce ou les contrats. — Turgot. — Abolition des corvées. — Abolition des maîtrises et des jurandes. — Opposition du parlement. — Disgrâce de Turgot. — Rétablissement partiel des corporations et des maîtrises en août 1776. — Mécontentement général.
- II. *Rousseau* : Son individualisme. — Le contrat social. — Son horreur du luxe. — La véritable égalité est l'égalité naturelle et de fait. — La liberté n'est pour lui que l'égalité. — Pour arriver à l'égalité qu'il préconise, Rousseau utilise des moyens contradictoires et des arguments qui varient suivant les circonstances. — L'Etat doit être la seule association permise.
- III. *Les jurisconsultes* : D'Aguesseau et Pothier n'innovent pas.
- IV. *La Révolution* : Influence de Rousseau sur les assemblées révolutionnaires. — De l'homme libre ayant une volonté libre tout découle, — Abolition de toutes les institutions non conformes à l'idée de liberté absolue des individus. — Loi Chapelier des 14-17 juin 1791.
- V. *Le code civil* : Evolution de l'esprit des différents projets de Cambacérès. — Premier projet : établissement du divorce; abolition de la puissance paternelle. — Deuxième projet : les besoins naturels de l'homme; respect et sanction des conventions; ce projet est conçu dans le même esprit que le premier. — Troisième projet : il fait un retour en arrière; administration unilatérale des biens

communs des époux ; modifications des raisons pour lesquelles on continue à admettre le divorce ; la loi comme fondement des obligations ; l'incertitude en cette matière est un fléau. — Pourquoi aucun de ces projets n'a réussi. — Modifications continuelles des idées et de la politique des assemblées législatives. — Dernier projet. — Son vote est dû à l'énergie et à l'autorité du Premier Consul et au calme relatif qui régnait en ce moment. — Il fut modéré mais individualiste. — Interdiction des associations non civiles, ni commerciales. — Les lois ne sont pas immuables. — Rétablissement de la *puissance maritale* et de la *puissance paternelle*. — Limitation des causes du divorce. — Principe de la liberté des contrats. — Rétablissement du bail emphytéotique et de la rente foncière. — L'article 1134 et la théorie de l'autonomie de la volonté ne partent pas du même point pour arriver à déclarer la liberté des contrats. — *Maxime de la coexistence* de Kant. — Théories de la *lutte pour l'existence* et de la *solidarité des êtres*. — Spencer, partisan du principe de la *sélection naturelle*. — Rapports de ces différentes théories entre elles. — Rôle réservé à l'Etat. — Théorie du sujet de droit.

Si on peut contester au XVIII^e siècle d'être celui de la liberté, il est par contre impossible de ne pas reconnaître qu'il est celui des économistes et des philosophes qui ont défendu, avec acharnement, les idées libérales dans tous les domaines et sous toutes les formes : économiques, philosophiques et sociales. C'est par suite de l'épanouissement de ces idées et de ces principes, que la révolution individualiste, en produisant ce bouleversement social formidable, en affirmant la liberté des citoyens, l'égalité des individus, a dû pour réaliser ces deux principes supprimer toutes les institutions qui s'y opposaient. Or justement ces institutions constituaient les plus graves entraves au principe de la liberté des contrats ; et c'est ainsi que s'établit notre principe, d'une façon absolue. C'est durant cette période, dite révolutionnaire, qu'il atteint le summum de sa puis-

sance et de son autorité. En effet, dès le Code civil, il a vu son cercle d'application se restreindre en voyant renaître une partie importante des obstacles écartés par les gouvernements révolutionnaires. Tout cela mérite des développements utiles et nécessaires. C'est pourquoi nous étudierons dans les paragraphes suivants les idées et les opinions des économistes, celles de Rousseau qui ont particulièrement dominé les esprits de ceux qui se succédèrent au pouvoir durant cette période si agitée et si féconde, et enfin celles des juriconsultes. Nous verrons, d'un peu plus près, le travail des assemblées révolutionnaires et comment, grâce à un moment propice de modération et de calme relatifs, le Code civil ne sanctionna pas tout ce que les révolutionnaires avaient considéré comme définitivement acquis.

I. — Les Économistes

Plus hardi que la plupart des ministres qui l'avaient précédé, Law entra dans une voie toute nouvelle pour la royauté : il voulut développer le commerce par la liberté. Il abaissa les barrières, brisa les obstacles et les entraves, diminua à l'intérieur un grand nombre de droits ; il ouvrit les frontières à certains produits étrangers, aux cuirs, au charbon de terre, aux soies et rendit libre le commerce des grains et des chanvres.

Après la paix d'Utrecht et pendant les premières

années de la régence, on avait supprimé une partie des offices, vieux et inutiles, que le besoin d'argent avait fait créer, sur les ports et sur les marchés. Un quart des droits qui leur étaient attribués avait été aboli, et les trois autres quarts avaient été destinés à rembourser successivement les titulaires. Cette méthode parut trop lente à Law, qui pensait qu'on ne pouvait trop tôt délivrer les marchandises de cette insupportable tyrannie, et dans les premières années de 1720, il ordonna, par une succession rapide d'ordonnances, le remboursement immédiat de ces charges : cette réforme fit immédiatement baisser de 30 à 40 % le prix des denrées (1).

Après sa pénible chute, on revint de nouveau aux règlements et à l'oppression. Le législateur confondait, perpétuellement, deux choses, bien faciles pourtant à distinguer : la mauvaise foi du vendeur et la liberté du contrat passé entre celui-ci et l'acheteur. Il gênait l'une comme il prévenait l'autre, parce qu'il croyait que la fraude s'introduirait, immédiatement, partout où il aurait fait place à la liberté. C'est ainsi que dans un règlement sur la fabrication des papiers d'Auvergne, il ordonnait que le papier portât le nom du fabricant et que le poids de la rame fut écrit sur l'enveloppe. Il n'y avait là rien que de juste. Mais il ajoutait, que les types consacrés ne pourraient

(1) V. Levasseur, t. II, p. 345 et s.

être modifiés que sur la commande expresse de l'acheteur, et que, dans ce cas, la forme du papier devrait augmenter dans la même proportion que le format. Là commençait la tyrannie réglementaire (1). Pourquoi empêcher le papetier de créer des modèles nouveaux, surtout s'il ne les fait que sur la demande expresse de son client. Notons qu'à ce moment le gouvernement n'avait pas, comme au temps de Colbert, l'excuse de diriger une industrie naissante et l'honneur de lui donner une vigoureuse impulsion.

C'était juste le moment où les physiocrates découvrirent leur système des lois naturelles qui ne visait pas à donner, moins qu'une formule générale, sur l'ensemble de la vie sociale. La maxime célèbre de Vincent de Gournay : « Laissez faire, laissez passer », mot d'ordre de l'école, renfermait une pensée dont l'envergure dépassait singulièrement le domaine de la circulation des marchandises. Elle était l'application d'un principe d'ordre qui formait la base même des droits naturels. Ce principe d'ordre était la liberté, ou dans le domaine économique, la concurrence.

Les physiocrates observaient les faits et concluaient : « d'elles-mêmes les choses s'organisent de telle ou telle façon, il ne faut point troubler leur évolution spontanée ».

« Le monde alors va de lui-même, nous dit

(1) V. Levasseur, t. II, p. 359 et s.

Mercier de la Rivière ; le désir de jouir et la liberté de jouir ne cessant de provoquer la multiplication des productions et l'accroissement de l'industrie, il imprimait à toute la société un mouvement qui devient une tendance perpétuelle vers son meilleur état possible » (1).

La condition de la justice économique, c'est donc le plein jeu de la liberté qu'est la concurrence. Grâce à elle s'établit le prix naturel. C'est le Trosne qui le dit : « la concurrence

(1) Cité par A. Tarde, *L'Idée du juste prix*, p. 70, en note 3.— « Adam Smith, en traçant, en limitant le domaine de l'économie politique, science des richesses, nous dit M. Béchaux, ne vit que le produit, sans songer à l'homme agent conscient de la production des richesses. Il ne se demandait pas quelle part recevraient, dans cette richesse produite, les millions d'hommes qui en avaient été les artisans, il ne voyait que la source des richesses obtenues et il estimait que la distribution s'opérerait d'elle-même pour le plus grand bien de la collectivité ». Béchaux, *L'Ecole Economique Française*, p. 10, Rousseau édit., 1902 ; G. Tarde, fait la même observation et condamne cette façon de voir les choses : « Toute l'économie politique d'Adam Smith et de son école, nous dit il, est fondée sur le postulat de l'accord spontané des égoïsmes ; de là les harmonies économiques de Bastiat. La question est de savoir si les égoïsmes s'harmonisent d'eux-mêmes ou artificiellement. Cette question est tranchée dans un sens opposé à celui de Smith, pour quiconque a embrassé dans son ensemble l'opposition économique, qui nous a montré l'hostilité si fréquente et si souvent essentielle, radicale des intérêts », *Psychologie économique*, Paris, Alcan 1902, t. II, p. 229.

seule peut établir les productions à leur prix naturel » (1).

Cette concurrence illimitée est donc la condition nécessaire, pour établir le juste prix des marchandises. Or la concurrence, c'est-à-dire, « la liberté des échanges » étant sortie par une déduction abstraite de l'idée de lois naturelles, le prix, fondé sur la concurrence ou prix naturel, forme dans cette chaîne théorique un dernier chaînon fortement relié aux autres. Il est le prix forcément juste, parce qu'il résulte nécessairement d'un ordre social construit sur le principe du droit naturel.

On comprendrait donc aisément, que la première attaque directe, contre ce système oppressif que l'on désignait sous le nom de colbertisme, partit de ce milieu d'économistes libéraux. Grimm, qui ne se piquait pourtant pas d'être très versé dans cette matière, écrivait lui-même à la suite de la discussion sur la prohibition des toiles peintes : « il n'y a point de question plus évidente et plus démontrée que la liberté du commerce » (2).

Quesney, qui était le chef et l'oracle de la nouvelle école des économistes, était partisan exclusif de l'agriculture, il ne voyait dans la société qu'une seule force créatrice, la terre, qu'une seule richesse, le produit du sol, qu'un seul capital disponible, le revenu du propriétaire

(1) V. Tarde (A.), *op. cit.*, p. 72.

(2) Cité par Levasseur, t. II, p. 383.

foncier. Il reconnaissait la nécessité de l'industrie et du commerce, qui mettent les biens du sol à la portée des consommateurs, mais il considérait les salaires et les profits des agents qu'ils emploient, comme autant de sommes prélevées en pure perte sur le produit, net des terres, et par conséquent, comme autant de brèches faites à la richesse publique. Cette erreur le conduisait, du moins, par un sentier détourné, dans le grand chemin de la liberté. Qu'on laisse l'industrie et le commerce entièrement libres, disait-il, la concurrence peut seule abaisser les profits à leur moindre valeur ; point de monopoles, point de privilèges, point de charges « qui retomberaient désastreusement sur les revenus des souverains et des autres propriétaires » (1).

Ces idées libérales recrutèrent, promptement, une nombreuse armée qui attaqua la tyrannie et les privilèges, sous toutes les formes. Les écrits se multiplièrent ; les compagnies, les corps des marchands, les communautés d'arts et de métiers furent vivement assaillis. Les académies elles-mêmes s'inspirèrent de ces idées, dans le choix de leurs sujets de concours. En 1757, l'académie d'Amiens couronna un mémoire, sur les corps de métiers, qui prétendait que la mendicité avait pour cause principale l'existence des corporations, et proposait, comme remède, de supprimer à la fois

(1) Cité par Levasseur, t. II, p. 384.

inspecteurs, maîtrises, jurandes et communautés.

En outre, les disciples de Quesney, tels que Mirabeau, Mercier de La Rivière, Dupont de Nemours, répandaient sa doctrine d'abord dans le *Journal d'Agriculture et de Commerce* puis dans les *Ephémérides du Citoyen*. Dans leurs articles, comme dans leurs livres, ils sapaient les privilèges et frayaient la route de la liberté au nom des principes proclamés par Quesney, Mercier de La Rivière, dans un ouvrage qui eut, au moment où il parut, autant de retentissement que les écrits les plus populaires de Voltaire, disait que « l'utilité de l'industrie tenait essentiellement à la liberté, » et en parlant de la nécessité du moindre salaire et par suite de la concurrence, il ajoutait : « Cette vérité me paraît de la même évidence que celle du jour en plein midi. La conséquence que nous devons en tirer, c'est qu'il est de la plus grande importance de ne gêner en rien le manufacturage des matières premières ; de faire jouir d'une telle franchise, d'une telle liberté, la profession de manufacturiers, que personne, de ceux qui pourraient l'exercer, n'en soit exclu » (1). Cette conséquence retombait, sur les privilèges et sur les corporations, de tout le poids d'une théorie victorieuse, que l'on considérait alors comme le dernier mot de la science politique.

Turgot. — Ce ministre philosophe proclamait,

(1) Cité par Levasseur, t. II, p. 385.

comme les autres, et avec plus de talent encore, la liberté entière de l'industrie et du commerce. Il voulait substituer au gouvernement du bon plaisir et du privilège, des institutions vraiment libérales : en politique, une représentation nationale à tous les degrés, depuis la commune jusqu'à l'Etat ; en matière de finances, l'égalité et l'unité de l'impôt, la diminution des dépenses ; en matière de commerce et d'industrie, la facilité des communications, la liberté absolue des échanges et du travail.

Voulant avoir l'appui des philosophes et de l'opinion publique, il rétablit le journal des *Ephémérides du Citoyen* : Baudeau, Morellet, Boncerf, préparèrent la voie aux réformes en démasquant les abus ; Voltaire se fit l'admirateur et l'avocat du ministre. La liberté du transport et du commerce des grains à l'intérieur du royaume fut permise par l'édit du 13 septembre 1774 (1). Enfin, au commencement de l'année 1776, parurent six édits (2), dont deux nous intéressent particulièrement. Le premier abolissait les corvées. En effet, vers le milieu du XVIII^e siècle on avait commencé à employer les habitants des campagnes à la construction et à l'entretien des grandes routes ; les intendants mettaient en réquisition, à leur gré, hommes, chevaux, charrettes et les occupaient pendant plusieurs jours, sans leur donner aucun

(1) V. Levasseur, t. II, p. 390.

(2) V. Levasseur, t. II, p. 392 et s.

salaire : c'était une lourde et inique charge qui pesait uniquement sur le paysan et le manœuvrier. Turgot substituait, à ces corvées, une contribution proportionnelle que doivent payer, sans distinction, tous les propriétaires soumis à l'impôt du vingtième. Cet édit soulageait la classe agricole d'un lourd fardeau (1). Un autre édit abolissait les jurandes et les maîtrises. Il supprimait les communautés et confréries d'arts et de métiers à Paris, dès le jour de sa publication, et dans les provinces, dès le moment où les intendants auraient pu se procurer le bilan de chaque corporation. « Il sera libre, dit l'article premier, à toutes personnes, de quelque qualité et condition qu'elles soient, même à tous étrangers, encore qu'ils n'eussent point obtenu des lettres de nationalité, d'embrasser et d'exercer, dans toute notre bonne ville de Paris, telle espèce de commerce et telle profession d'arts et de métiers que bon leur semblera, même d'en réunir plusieurs » (2).

C'était une révolution complète dans l'organisation de la classe ouvrière. On inaugurait en industrie l'ère de la liberté et de l'égalité. Le langage du ministre n'était pas moins nouveau que ses réformes. Il était noble et sincère. Turgot faisait sans rien dissimuler, l'histoire des institutions qu'il détruisait ; il avouait sans détour les fautes de la royauté, et comme l'en accusait l'un de ses con-

(1) V. Levasseur. t. II, p. 392 et 394.

(2) Cité par Levasseur, t. II, p. 393.

temporains, il proclamait hautement les droits de l'homme et ceux de la raison (1). Voici en quels termes il commençait le préambule de l'édit sur les maîtrises : « Nous devons à tous nos sujets de leur assurer la jouissance pleine et entière de leurs droits ; nous devons surtout cette protection à cette classe d'hommes qui, n'ayant de propriété que leur travail et leur industrie, ont d'autant plus le besoin et le droit d'employer, dans toute leur étendue, les seules ressources qu'ils aient pour subsister. Nous avons vu avec peine les atteintes multipliées qu'ont données à ce droit naturel et commun des institutions, anciennes à la vérité, mais que ni le temps, ni l'opinion, ni les actes, même émanés de l'autorité, qui semblent les avoir consacrées, n'ont pu légitimer ».

Plus loin, il ajoutait : « Dieu, en donnant à l'homme des besoins, en rendant nécessaire la ressource du travail, a fait du droit de travailler la propriété de tout homme et cette propriété est la première, la plus sacrée et la plus imprescriptible de toutes.

» Nous regardons comme un des premiers devoirs de notre justice et comme un des actes les plus dignes de notre bienfaisance, d'affranchir nos sujets de toutes les atteintes portées à ce droit inaliénable de l'humanité. Nous voulons, en conséquence, abroger ces institutions arbitraires

(1) V. Levasseur, t. II, p. 394.

qui ne permettent pas à l'indigent de vivre de son travail, qui repoussent un sexe à qui sa faiblesse a donné plus de besoins et moins de ressources» (1).

Contre ces vérités et ce bon sens se soulevèrent, tous ceux qui tenaient à ces privilèges et qui en profitaient. « Etablir entre les hommes une égalité de devoirs, disait le parlement, qui se fit leur organe, et détruire ces distinctions nécessaires, amènerait bientôt le désordre, suite de l'égalité absolue, et produirait le renversement de la société civile dont l'harmonie ne se maintient que par cette gradation de pouvoirs, d'autorités, de prééminences et de distinctions, qui tient chacun à sa place et garantit les Etats de la confusion (2).

Le roi ne tint pas compte de ces récriminations, et pour soutenir son ministre, il fit enregistrer les édits dans un lit de justice, malgré la protestation du parlement. Ce fut le dernier effort du roi. Un mois après, le 12 mai 1776, Turgot reçut l'ordre de se retirer. C'est ainsi que la justice et l'égalité qui triomphaient partout alors, dans les livres et dans les idées, durent être sacrifiées et finirent par échouer dans la pratique devant la résistance des privilégiés. « Avec Turgot, l'esprit réformateur du XVIII^e siècle, se retirait des conseils de la royauté; il devait reparaitre sur la scène politique, non plus

(1) Cité par Levasseur, t. II, p. 395.

(2) Cité par Levasseur, t. II, p. 396.

comme l'auxiliaire, mais comme l'ennemi et le juge de la monarchie absolue. » (1)

« Est-il nécessaire de détruire les corporations pour en corriger les abus, et faut-il tarir la source dont on veut purifier l'eau? » Avait dit le parlement au lit de justice.

Comme il était impossible de revenir, purement et simplement, à l'ancien régime, on chercha des transactions. Trois mois après la retraite de Turgot, parut l'édit d'août 1776, « par lequel Sa Majesté, en créant de nouveau six corps de marchands et quarante-quatre communautés d'arts et métiers à Paris, conservait libres certains genres de métiers et de commerces, réunissait les professions qui ont de l'analogie entre elles et établissait à l'avenir des règles dans le régime des dits corps et communautés. » (2) On avait eu la prétention de tenir la balance égale entre les anciennes et les nouvelles idées, entre le parlement et les privilégiés et tous ceux qui avaient soif de liberté et d'égalité représentés par Turgot. On avait eu la prétention de réunir les avantages des règlements et ceux de la liberté sans excès et surtout sans faire des mécontents.

Cette prétention était vraiment trop belle pour réussir. Aussi la nouvelle combinaison ne fut acceptée par personne. Les amis des idées libérales n'y virent que le renversement de toutes leurs

(1) Voir Levasseur, t. II, p. 399.

(2) Cité par Levasseur, t. II, p. 401.

espérances, les anciens maîtres, que l'impôt dont on les frappait en leur faisant payer leur entrée dans les nouvelles corporations. Les travailleurs pauvres étaient exclus des cinquante métiers les plus lucratifs et ne pouvaient aspirer qu'à des carrières telles que celles de savetier ou de brocanteur ambulant. Aussi tout le monde protesta et refusa de donner son argent.

II. — Rousseau

Dans cette étude, on ne peut rationnellement trouver place pour discuter toute la philosophie de Rousseau, pour chercher s'il était pour la démocratie ou pour le despotisme, aussi nous nous contenterons d'étudier ce qui intéresse, en lui, notre sujet. S'il est d'habitude difficile de dégager ses idées sur une question à cause de ses contradictions multiples, (1) ce n'est pas le cas pour son individualisme, qui est toujours dominé par l'idée de liberté et d'égalité.

Rousseau est un individualiste. Il prétend que l'état de nature n'est pas fondé sur l'idée d'association : « Il considère la société comme un mal

(1) Il reconnaît lui-même son inconséquence. Dans la seconde préface de la Nouvelle Héloïse il écrit : « Vouloir qu'on soit toujours conséquent, je doute que cela soit possible à l'homme, mais ce qui lui est possible est d'être toujours vrai : voilà ce que je veux tâcher d'être. »

qui va empirant ; il regrette la liberté, supposée ou véritable, mais ici il n'importe, des hommes primitifs ; il montre du premier commencement des sociétés à leurs derniers développements une marche constante vers le despotisme ; il montre que plus la Société est serrée, dense, contractée sur elle-même, avec plus grande dépendance des hommes entre eux, dans les villes, dans les grandes villes, dans les capitales ; plus les esprits, les cœurs et les consciences sont gâtés ; il montre que la sollicitude, la demi-sollicitude au moins, est la saine compagne de l'homme et la mère des grands sentiments et des grandes pensées ; il montre que les belles âmes comme celles de *Wolmar* et de *Julie* se forment elles-mêmes et non seulement n'attendent pas l'expression de la volonté générale pour penser et pour sentir, mais plutôt sentent le besoin de se soustraire à la volonté générale et à l'influence générale pour se faire grands, nobles, généreux et purs ; enfin il est profondément individualiste » (1).

Et s'il considère quelquefois le pacte social comme un bienfait pour l'humanité, que ce pacte rend à l'homme autant qu'il lui prend, qu'il le dépouille pour l'enrichir, l'assujettit pour le libérer, d'autrefois, il le juge comme une fourberie des puissants, des riches à l'égard des faibles et des pauvres. « Le riche, pressé par la nécessité, con-

(1) Voici comment nous le peint M. E. Faguet dans son beau livre, *Rousseau penseur*, p. 301.

gut alors le projet le plus réfléchi qui soit jamais entré dans l'esprit humain, ce fut d'employer en sa faveur les forces mêmes de ceux qui l'attaquaient, de faire ses défenseurs de ses adversaires, de leur inspirer d'autres maximes et de leur donner d'autres institutions qui lui fussent aussi favorables que le droit naturel lui était contraire. Dans cette vue, après avoir exposé à ses voisins l'horreur d'une situation qui les armaient les uns contre les autres, qui leur rendait leurs possessions aussi onéreuses que leurs besoins et où nul ne trouvait sa sûreté ni dans la pauvreté, ni dans la richesse, il inventa aisément des raisons spécieuses pour les amener à son but : Unissons-nous, leur dit-il, pour garantir de l'oppression les faibles, contenir les ambitieux et assurer à chacun la possession de ce qui lui appartient, instituons des règlements de justice et de paix auxquels tous soient obligés de se conformer, qui ne fassent acception de personne et qui réparent, en quelque sorte, les caprices de la fortune en soumettant également le puissant et le faible à des devoirs mutuels... Il en fallait beaucoup moins que l'équivalent de ce discours pour entraîner des hommes grossiers, faciles à séduire, qui d'ailleurs avaient trop d'affaires à démêler entre eux pour pouvoir se passer d'arbitres, et trop d'avarice et d'ambition pour pouvoir se passer de maîtres.

« Tous coururent au-devant de leurs fers... Telle fut ou dut être l'origine de la société et des lois qui donnèrent de nouvelles entraves au faible et de

nouvelles forces au riche, détruiraient sans retour la liberté naturelle, fixèrent pour jamais la loi de propriété et d'inégalité, d'une adroite usurpation firent un droit irrévocable et pour le profit de quelques ambitieux assujettirent désormais tout le genre humain au travail, à la servitude et à la misère » (1).

Qui pourrait jamais croire que celui qui a écrit ces phrases est le même qui a pensé et écrit « le Contrat social » (2) comme la seule supposition possible pour.... « Trouver une forme d'association

(1) Rousseau. *Contrat social*, etc... *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, p. 79, édition Garnier frères.

(2) Généralement, on rattache l'idée mère d'un pacte social à Rousseau, pourtant elle est d'une antiquité lointaine. Lhering constate avec justesse qu'elle fut pratiquée à l'origine des romains. Rome primitive n'admettait de droit que pour le citoyen et avec le consentement de l'assemblée du peuple réuni, en costume de guerre, dans ses comices qui en même temps promettait sa garantie armée pour le respect du droit auquel il venait d'adhérer. Le droit dépend donc du libre consentement des hommes réunis comme dans une société quelconque. C'est le consentement qui, seul, lui donne son caractère respectable. Les romains à l'origine poussaient cette conception aux limites extrêmes. Avec l'étranger, il n'y avait pas de convention, donc on ne doit lui respecter aucun droit ou plutôt il n'en a pas. On pouvait même lui faire la guerre comme aux animaux sauvages, lui prendre ses biens, le réduire en esclavage ou le tuer. De même on ne pouvait réduire en esclavage un citoyen tant qu'il est dans le territoire ; pour le faire, il faut le porter à l'étranger pour montrer qu'il a mérité cette peine de la rupture du contrat

qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant » (1), ou de celui qui nous dit : « cherchez les motifs qui ont porté les hommes, unis pour leurs besoins naturels dans la grande société (la société, sans lois, du genre humain) à s'unir plus étroitement par des sociétés civiles, vous n'en trouverez pas d'autres que celui d'assurer les biens, la vie et la liberté de chaque membre par la protection de tous : or comment porter des hommes à défendre la liberté de l'un d'entre eux sans porter atteinte à celle des autres ? (on me prend une part de maliberté en me mettant en armes pour protéger celle d'un autre et réciproquement).

« Comment pourvoir aux besoins publics sans altérer la propriété particulière de ceux qu'on force d'y contribuer ? (Le pont sera ma propriété à titre de chose commune, dont j'userai ; mais pour le construire, on commence par me prendre une partie de mon bien). De quelque sophisme qu'on puisse colorer tout cela, il est certain que si l'on peut contraindre ma volonté je ne suis plus libre et que je ne suis plus maître de mon bien si quelque autre (l'Etat) peut y toucher. Cette diffi-

social contre lui, qu'il n'avait plus de droit et qu'il était assimilé à l'ennemi. La condamnation d'un citoyen en exil produisait ces mêmes effets.

(1) Rousseau, *Contrat social*, livre I, chap. VI, p. 247.

culté qui devait sembler insurmontable a été levée par la plus sublime des institutions humaines... Par quel art inconcevable a-t-on pu trouver le moyen d'assujettir les hommes pour les rendre libres, d'employer au service de l'Etat les biens, les bras et la vie même de tous ses membres sans les contraindre et sans les consulter, d'enchaîner leur volonté de leur propre aveu, de faire valoir leur consentement contre leur refus et de les forcer à se punir eux-mêmes quand ils font ce qu'ils n'ont pas voulu ? Comment se peut-il faire qu'ils obéissent et que personne ne commande, qu'ils servent et n'aient point de maître ; d'autant plus libres, en effet, que sous une apparente sujétion, nul ne perd de sa liberté que ce qui peut nuire à celle d'un autre ? Ces prodiges sont l'ouvrage de la loi. C'est à la loi seule que les hommes doivent la justice et la liberté... » (1).

Toutes ces contradictions ne touchent pas à son idée que la société n'est que le résultat d'une convention *plus ou moins tacite* ; en effet, le contrat social, n'est qu'une supposition de sa part : « Les clauses de ce contrat sont tellement déterminées par la nature de l'acte, que la moindre modification les rendrait vaines et de nul effet ; en sorte que, *bien qu'elles n'aient peut-être jamais été formellement énoncées, elles sont partout les mêmes, partout tacitement admises et reconnues,*

(1) De l'article : *Economie politique*, cité par E. Faguet, *Rousseau penseur*, pages 331 et 332.

jusqu'à ce que, le pacte social étant violé, chacun rentre alors dans ses premiers droits et reprenne sa liberté naturelle, en perdant la liberté conventionnelle pour laquelle il y renonça » (1).

C'est ce qu'a très justement constaté M. E. Faguet : « Qu'il y ait jamais eu une convention de ce genre, nous dit-il, c'est ce que mille plaisants plus ou moins bons, à commencer par Joseph de Maistre, se sont tués à nier, bien inutilement ; car Jean-J. Rousseau sait bien, tout le premier, qu'il n'y a jamais eu de convention de ce genre ; mais que tout doit être considéré *comme si un* pacte de ce genre avait été conclu, pour que la société soit considérée elle-même comme une association entre libres contractants et pour que soit respecté en chaque citoyen le caractère de libre contractant et de libre associé ; voilà une excellente doctrine politique qui, remarquez-le bien, n'est exprimée, ce me semble, nulle part, ni dans Platon, ni dans Aristote, mais qui est l'esprit même, l'esprit latent et profond de leur doctrine » (2). M. Faguet trouve même qu'en fait l'idée d'un pacte social, du moins tacite, est très admissible. « Les hommes n'ont jamais, *un jour*, contracté ensemble, nous dit-il ; mais il contractent *tous les jours*. Entre l'individu et l'Etat il y a continuellement ce dialogue : Je m'aliène entre

(1) V. Rousseau, *Le Contrat social*, livre I, chapitre VI, § 5, page 247.

(2) E. Faguet, *Rousseau penseur*, page 335.

vos mains ; mais à la condition que vous me protégiez efficacement, sans quoi je ne vois pas ce qui me lierait et me tiendrait lié à vous et j'irais vers un autre groupe, du droit de mon individualiste autonomie.— Je vous protège, mais à la condition que vous vous consacriez à moi et que vous me soyez dévoué, car autrement je serais dupe et du reste je serais impuissant. Or ce dialogue a commencé. Il n'a pas commencé nettement, précisément, formellement, tel jour et à telle heure ; mais il a été senti puis pensé, puis balbutié, puis exprimé, puis formulé. Il est au nombre des choses qui ont commencé sans qu'on puisse les saisir en leurs commencements, mais qui n'en ont pas moins commencé puisqu'elles existent. Il n'y a donc rien de plus juste, à mon avis, que l'idée fondamentale du « contrat social ». Il y a aliénation de l'individu aux mains de l'Etat, à condition que l'Etat protège et défende l'individu » (1).

Donc à la base de toute société, de toute nation, il y a un contrat plus ou moins exprimé réunissant plusieurs individus par suite de leur consentement libre ou de leur volonté tacite. Rousseau est tellement individualiste et tellement conquis par cette idée vraiment attrayante, de l'existence d'une convention à la base de toute association, qu'il considère que la famille elle-même n'échappe pas au caractère conventionnel : « La plus an-

(1) Voir E. Faguet, *Rousseau penseur*, page 336.

cienne de toutes les sociétés, et la seule naturelle est celle de la famille : encore les enfants ne restent-ils liés au père qu'aussi longtemps qu'ils ont besoin de lui pour se conserver. Sitôt que ce besoin cesse, le lien naturel se dissout. Les enfants, exempts de l'obéissance qu'ils doivent au père ; le père exempt des soins qu'il devait aux enfants, rentrent tous également dans l'indépendance. S'ils continuent de rester unis, ce n'est plus naturellement, c'est volontairement ; et la famille elle-même ne se maintient que par convention » (1).

Mais du moment que ces individus avaient toute liberté de faire tout ce qu'ils voulaient lorsqu'ils étaient isolés et que, par suite de cet isolement, ils jouissaient d'une égalité de fait, on doit toujours tendre à leur assurer, lorsqu'ils sont en société, le plus de liberté possible et faire régner, parmi eux, le plus d'égalité possible. C'est pourquoi Rousseau a horreur du luxe, de la richesse, de la propriété et souhaite entre les hommes l'égalité réelle, la prétendue égalité de droit n'étant qu'un leurre.

Montesquieu admet le luxe ou le rejette suivant les circonstances : là où « les richesses sont inégalement partagées, il faut bien qu'il y ait du luxe. Si les riches n'y dépensent pas beaucoup, les pauvres mourront de faim. Il faut même que

(1) Voir Rousseau, *Contrat social*, livre I, chapitre II, § I, page 240.

les riches y dépensent à proportion de l'inégalité des fortunes ; et que, comme nous avons dit, le luxe y augmente dans cette proportion. Les richesses particulières n'ont augmenté que parce qu'elles ont ôté à une partie des citoyens le nécessaire physique : il faut donc qu'il leur soit rendu » (1).

« Ainsi l'égalité se rétablit, partiellement, par l'excès même de l'inégalité, approuve M. Faguet, et par les besoins que l'inégalité, crée chez ceux qui en sont les privilégiés. Le démocratisme du riche c'est sa prodigalité ; le riche démocrate c'est le riche fastueux ; le riche qui vit démocratiquement est le plus monstrueux des aristocrates » (2).

Rousseau, au contraire, condamne le luxe dans tous les cas, il ne comprend pas que l'on veuille remplacer l'égalité naturelle par une autre qui résulte de la pratique des vices : « Le luxe peut-être nécessaire pour donner du pain aux pauvres : mais s'il n'y avait point de luxe, il n'y aurait point de pauvre. Le luxe nourrit cent pauvres dans les villes et en fait périr cent mille dans nos campagnes.

« L'argent qui circule entre les mains des riches et des artistes pour fournir à leurs superfluités est perdu pour la subsistance du laboureur, et

(1) Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, tome I, livre VII, chapitre IV, § II, page 111. Edition Flammarion.

(2) Voir Faguet, *Rousseau penseur* page 261.

celui-ci n'a point d'habits, précisément parce qu'il faut des galons aux autres. Il faut des jus dans notre cuisine : voilà pourquoi tant de malades manquent de bouillon. Il faut des liqueurs pour nos tables : voilà pourquoi le paysan ne boit que de l'eau. Il faut de la poudre à nos perruques : voilà pourquoi tant de pauvres manquent de pain, etc....».

C'est pourquoi il n'aime pas la richesse qui permet à un homme d'acheter un autre : « Avant que ces mots affreux de mien et de tien fussent inventés ; avant qu'il y eût cette espèce d'hommes cruels et brutaux qu'on appelle maîtres et cette autre espèce d'hommes fripons et meurtriers qu'on appelle esclaves, avant qu'il y eût des hommes abominables pour oser avoir du superflu pendant que d'autres hommes meurent de faim ; avant qu'une dépendance naturelle les eût forcés à devenir fourbes, jaloux et traîtres je voudrais bien savoir en quoi peuvent consister ces vices et ces crimes qu'on leur (aux hommes primitifs) reproche avec tant d'emphase ».

Rousseau pense que la propriété est une des principales raisons qui ont poussé l'homme à vivre en société. « Le premier qui ayant enclos un errain, s'avisa de dire : *Ceci est à moi*, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile ».

Mais il ne l'aime pas justement pour cela et parce qu'elle est une des causes qui maintiennent l'inégalité entre les hommes. « Que de crimes, de

guerres, de meurtres, que de misères et d'horreurs, dit-il en continuant le passage cité, n'eût point épargné au genre humain, celui qui, arrachant les pierres ou comblant le fossé, eût crié à ses semblables : Gardez-vous d'écouter cet imposteur ; vous êtes perdus si vous oubliez que les fruits sont à tous et que la terre n'est à personne ! Mais il y a une grande apparence qu'alors les choses en étaient déjà venues au point de ne pouvoir plus durer comme elles étaient »(1).

Voici d'ailleurs comment il termine son discours sur l'inégalité : « Il suit de cet exposé que l'inégalité, étant presque nulle dans l'état de nature, tire sa force et son accroissement du développement de nos facultés et des progrès de l'esprit humain et devient enfin stable et légitime pour l'établissement de la propriété et des lois.... il est manifestement contre la loi de nature de quelque manière qu'on la définisse, qu'un enfant commande à un vieillard, qu'un imbécile conduise un homme sage, et qu'une poignée de gens regorge de superfluités, tandis que la multitude affamée manque du nécessaire » (2).

Aussi admet-il dans le Contrat social que le gouvernement puisse exproprier *tous* les propriétaires : « Le souverain n'a nul droit de toucher au bien d'un particulier, ni de plusieurs ; mais il

(1) Rousseau, *Discours sur l'origine de l'inégalité*, p. 67.

(2) Rousseau, *Discours sur l'origine de l'inégalité*, p. 93-94.

peut légitimement s'emparer du bien de tous, comme cela se fit à Sparte du temps de Lycurgue ; » car il trouve que confisquer la propriété de certains citoyens serait un acte injuste, résultat d'une inégalité de traitement ; il pense que la *propriété individuelle* est inviolable pour le gouvernement autant que pour les particuliers, mais que *toutes* les propriétés peuvent être reprises par la volonté de tous représentée par le souverain. De collectiviste, Rousseau devient partagiste dans son *Gouvernement de Pologne*. Là il propose une loi de maximum ! « Nul ne pourra posséder plus de . . . terre. », il admet donc la confiscation partielle. Ceci est une preuve qu'en vérité il voudrait que l'égalité soit maintenue entre les particuliers ; l'essentiel pour lui est : pas de riches contre des pauvres. « N'ayez, dit-il aux Polonais, ni millionnaires, ni mendiants ». Pour y arriver tous les moyens lui paraissent, au fond, acceptables, sinon bons. « Que nul citoyen, écrit-il dans le contrat social, ne soit assez opulent pour en pouvoir acheter un autre et nul assez pauvre pour être contraint de se vendre » (1). « Ne souffrez ni opulents, ni gueux. Ces deux états naturellement inséparables, sont également funestes aux biens communs. De l'un sortent les facteurs de la tyrannie, de l'autre les tyrans ; c'est toujours entre eux

(1) *Contrat social*, livre II, chap. XI, § 2, page 274.

que se fait le trafic de la liberté; l'un achète, l'autre vend » (1).

Une fois cette égalité obtenue il tend à la maintenir par tous les moyens possibles, c'est pourquoi il devient traditionnaliste et admet l'héritage. « L'esprit des (bonnes) lois est que de père en fils et de proche en proche les biens de famille en sortent (sortent de la famille) et s'aliènent le moins qu'il est possible. Il y a une raison sensible de ceci en faveur des enfants à qui le droit de propriété serait fort inutile si le père ne leur laissait rien et qui, de plus, ayant souvent contribué par leur travail à l'acquisition des biens du père sont, de leur chef, associés à son droit. De plus rien n'est plus funeste aux mœurs de la République que les changements continuels d'état et de fortune entre les citoyens, changements qui sont la source de mille désordres, qui bouleversent et confondent tout et par lesquels ceux qui sont élevés pour une chose, se trouvent destinés pour une autre; ni ceux qui montent, ni ceux qui descendent ne peuvent prendre les maximes, ni les lumières convenables à leur nouvel état et beaucoup moins en remplir les devoirs » (2). On voit que sa logique l'a entraîné à nier à peu près toutes ses idées qui sont le produit de ses sentiments.

Rousseau avait une passion pour l'égalité réelle et absolue qui consiste en ce que nul ne puisse

(1) *Contr. social*, livre II, chap. XI, en note I, page 274.

(2) V. Faguet, *Rousseau penseur*, pp. 272-273.

plus qu'un autre. C'est ainsi qu'écrivant dans le *Contrat social* : « Au lieu de détruire l'égalité naturelle, le pacte fondamental substitue, au contraire, une égalité morale et légitime, à ce que la nature avait pu mettre d'inégalité physique entre les hommes, pouvant être inégaux en force et en génie, ils deviennent tous égaux par convention et par droit » (1), il hausse les épaules, comme le dit M. Faguet et jette en note : « Sous les mauvais gouvernements cette égalité n'est qu'apparente et illusoire ; elle ne sert qu'à maintenir le pauvre dans sa misère et le riche dans son usurpation. Dans le fait les lois sont toujours utiles à ceux qui possèdent et nuisibles à ceux qui n'ont rien ; d'où il suit que l'état social n'est avantageux aux hommes qu'autant qu'ils ont tous quelque chose et qu'aucun d'eux n'a rien de trop » (1).

Par amour de l'égalité, il va même jusqu'à contester l'importance des inégalités naturelles, sinon à les nier. « Il est aisé de voir qu'entre les différences qui distinguent les hommes plusieurs passent pour naturelles, qui sont uniquement l'ouvrage de l'habitude et des divers genres de vie que les hommes adoptent dans la société. Ainsi un tempérament robuste ou délicat et la force ou la faiblesse qui en dépendent viennent souvent plus

(1) V. Rousseau, *Contrat social* livre I, chapitre IX, § 8, page 252.

(2) V. Rousseau, *Contr. soc.* livre I, chapitre IX, § 8, en note I, page 253.

de la manière dure ou efféminée dont il a été élevé que de la constitution primitive du corps. Il en est de même des forces de l'esprit, et non seulement l'éducation met de la différence entre les esprits cultivés et ceux qui ne le sont pas ; mais elle augmente celle qui se trouve entre les premiers à proportion de la culture... Or, si l'on compare la diversité prodigieuse d'éducation et de genre de vie qui règne dans les différents ordres de l'Etat avec la simplicité et l'uniformité de la vie animale et sauvage, où tous se nourrissent des mêmes aliments, vivent de la même manière et font exactement la même chose, on comprendra combien la différence d'homme à homme doit être moindre dans l'état de nature que dans celui de la société et combien l'inégalité naturelle doit augmenter dans l'espèce humaine par l'inégalité d'institution » (1).

Et « Rousseau montre ainsi que les inégalités naturelles, elles-mêmes, étaient des inégalités sociales inventées, créées par la société ; donc qu'elles n'étaient pas plus respectables que les inégalités sociales, étant même chose » (2).

Ceci va le pousser droit, dans la préface de *Narcisse*, à considérer que : « Dans un état bien constitué, tous les citoyens sont si bien égaux que nul ne peut être préféré aux autres comme le plus savant, ni même comme le plus habile ; mais tout

(1) V. Rousseau, *Discours sur l'inégalité*, pages 64 et 65.

(2) E. Faguet, *Rousseau penseur*, page 279.

au plus comme le meilleur : encore cette dernière distinction est-elle souvent dangereuse : car elle fait des fourbes et des hypocrites. » M. Faguet trouve que : « C'est du Babeuf pur ». Toute la Révolution est dépassée. Jamais il n'est apparu plus clairement jusqu'où va et jusqu'où ne peut pas ne pas aller la doctrine de l'égalité. Elle conduit, pour établir l'égalité réelle et non pas factice et apparente, à l'abolition de la propriété individuelle et de tout moyen de la constituer, donc au collectivisme ; elle conduit, pour combattre les inégalités prétendues naturelles et qui ne sont, elles aussi, que des inégalités sociales, à niveler, les talents, les intelligences et même la vertu, et à établir les « préférences » des Républiques saines sur le tirage au sort. En réalité, Rousseau ne va jamais jusque-là « Si j'accorde que l'inégalité des fortunes, écrit-il à d'Alembert, portée jusqu'à un certain point peut avoir ses avantages... » ; et dans la préface de *Narcisse* il dit : « ... Les mêmes causes qui ont corrompu les peuples, servent quelquefois à prévenir une plus grande corruption ; c'est ainsi que celui qui s'est gâté le tempérament par un usage indiscret de la médecine est forcé de recourir encore aux médecins pour se conserver la vie, etc... »

Pour Rousseau, la liberté c'est l'égalité : « Si l'on cherche, dit-il, en quoi consiste le plus grand bien de tous, on trouvera qu'il se réduit à ces deux objets principaux, la liberté et l'égalité : la liberté parce que *toute dépendance particulière* est autant

de force ôtée au corps de l'Etat ; l'égalité parce que la liberté ne peut subsister sans elle » (1).

« Voyez-vous bien, nous dit M. Faguet, ce qu'il entend par liberté ? C'est le fait de ne pas être dans une dépendance particulière ; quant à dépendre de tous, si étroitement et si douloureusement qu'on en dépende, ce n'est pas n'être point libre, ce n'est pas être privé de liberté.... Que la liberté soit le fait de ne pas dépendre d'un individu, qu'on ne puisse pas être opprimé par l'Etat, qu'en étant opprimé par l'Etat on reste libre, c'est l'idée maîtresse de Rousseau, je veux dire c'est l'idée maîtresse du Contrat social, etc... » (2).

Ces idées étant connues, nous n'aurons pas à nous attarder sur les principes du Contrat social qui en découlent naturellement.

« Puisqu'aucun homme, dit Rousseau, n'a une autorité naturelle sur son semblable, et puisque la force ne produit aucun droit, restent les conventions pour base de toute autorité parmi les hommes » (3).

Rousseau n'était pas un innovateur, en effet, dès l'antiquité nous voyons Epicure, mettre un pacte formel à l'origine de toute société et de toute justice, allant même jusqu'à prétendre que les non-contractants n'avaient aucun droit à invo-

(1) Rousseau. *Le Contrat social*, livre II, chap. XI, § I, p. 274.

(2) V. Faguet. *Rousseau penseur*, p. 346-347.

(3) *Contrat social*, livre I, chap. IV, § I, p. 243.

quer, et que pour eux il n'y avait rien de juste ou d'injuste (1). Nous avons vu déjà comment Rome pratiquait l'idée du Contrat social. Non seulement l'acte par lequel les individus forment un peuple est un contrat, mais la loi positive n'est elle-même que l'effet d'une convention exprimant la volonté générale. Et du moment que « les lois ne sont proprement que les conditions de l'association civile » (2), et que cette association est née de la volonté du peuple, on comprend très bien Rousseau lorsqu'il continue en disant que : « le peuple soumis aux lois en doit être l'auteur ». Les obligations que cette loi nous impose ne sont donc que le produit de nos volontés. C'est pourquoi elles sont justes, et c'est pourquoi la loi oblige. Obéir à la loi, c'est obéir à soi-même. Et du moment que le souverain n'est que l'image de la volonté générale et que : « ... la volonté générale est toujours droite et tend toujours à l'utilité publique » (3), on comprend aisément Rousseau lorsqu'il dit : « Le souverain par cela seul qu'il est, est toujours ce qu'il doit être » (4) ; ou bien le peuple : « est le seul puissant qui n'ait pas à donner de raison de ses volontés » (5) ; car « le souverain n'étant formé que des particuliers qui

(1) V. Charmont. *Renaissance du droit naturel*, p. 28.

(2) V. *Contrat social*, livre II, chap. VI, § 10, p. 264.

(3) V. *Contrat social*, liv. II, chap. IV, § I, p. 256.

(4) V. *Contrat social*, liv. I, chap. VII, § 5, p. 250.

(5) V. *Contrat social*, liv. I, chap. VII, § 5, p. 250.

le composent n'a, ni peut avoir d'intérêt contraire aux leurs ».

Et comme Rousseau confond la liberté et l'égalité, on comprend facilement que pour lui : « Ces clauses (les clauses du Contrat social), bien entendues se réduisent à une seule : savoir, l'aliénation *totale* de chaque associé avec tous ses droits à la communauté ; car premièrement, chacun se donnant tout entier, la condition est égale pour tous, et la condition étant égale pour tous, nul n'a intérêt de la rendre onéreuse aux autres... Enfin, chacun se donnant à tous ne se donne à personne ; et comme il n'y a pas un associé sur lequel on n'acquière le même droit qu'on lui cède sur soi, on gagne l'équivalent de tout ce qu'on perd, et plus de force pour conserver ce qu'on a » (1). Et plus loin : « On voit par là que le pouvoir souverain, tout absolu qu'il soit, *ne passe ni ne peut passer les bornes des conventions générales*, et que tout homme peut disposer de ce qui lui a été laissé par ces conventions, de sorte que le souverain n'est jamais en droit de charger un sujet plus qu'un autre parce qu'alors l'affaire devenant particulière son pouvoir n'est plus compétent » (2).

D'où cette constatation de M. Hauriou : « L'individualisme absolu ne peut retrouver la société

(1) *Contrat social*, livre I, chap. VI, §§ 6 et 8, p. 248.

(2) *Contrat social*, livre II, chap. IV, § 9, p. 260.

que par une contradiction et en se jetant dans l'absolutisme de l'Etat » (1).

Mais Rousseau trouve que c'est naturel et que le problème est résolu : « Il ne faut pas se demander comment on peut à la fois être libre et soumis aux lois, puisque les lois ne sont que les registres de nos volontés » (2).

Enfin, si Rousseau admet la plus grande des associations, l'Etat, il n'en admet pas d'autres à côté d'elle, ce qui se comprend d'un individualiste qui ne supporte la société que comme la résultante des volontés générales, et qui cherche à faire qu'elles soient exprimées le plus librement possible : « Si quand le peuple, suffisamment informé, délibère, les citoyens n'avaient aucune délibération entre eux, du grand nombre de petites différences résulterait toujours la volonté générale et la délibération serait toujours bonne. Mais quand il se fait des brigues, des associations partielles aux dépens de la grande, la volonté de chacune de ces associations devient générale par rapport à ses membres, particulière par rapport à l'Etat ; on peut dire alors qu'il n'y a plus autant de votants que d'hommes, mais seulement autant que d'associations... Il importe donc pour avoir bien l'énoncé de la volonté générale, qu'il n'y ait pas de société partielle dans l'Etat, et que chaque

(1) *Principes du droit public*, p. 63.

(2) *Le Contrat Social*, liv. II, chap. VI, § 7, p. 263.

citoyen n'opine que d'après lui... » (1). Une fois qu'on a obtenu cette volonté générale, tout le monde doit s'incliner et obéir : « Afin donc que ce pacte social ne soit pas un vain formulaire, il renferme tacitement cet engagement, qui seul peut donner de la force aux autres, que quiconque refusera d'obéir à la volonté générale, y sera contraint par tout le corps ; ce qui ne signifie autre chose, sinon qu'on le forcera à être libre ; car telle est la condition qui donnant chaque citoyen à la patrie, le garantit de toute dépendance personnelle... » (2).

Rousseau est pour la souveraineté de la volonté générale, il est pour la souveraineté du peuple et de la loi, mais il est sûr qu'il ne veut appliquer cette souveraineté qu'aux choses qui ont un intérêt général : « Il n'y a point de volonté générale sur un objet particulier, affirme-t-il » (3), et « jamais la loi ne doit viser un homme comme individu » (4). Pour ces intérêts particuliers qui ne concernent que des individus déterminés, le souverain et la loi n'ont point à intervenir, c'est aux intéressés à les régler par une loi spéciale qui n'aura d'effets qu'entre eux, n'étant que le résultat de leurs volontés particulières. Cette loi est généralement appelée contrat.

(1) *Contr. soc.*, livre II, chap. III, § 3 et 4, page 257.

(2) — livre I, chap. VI, § 8, page 250.

(3) — livre II, chap. VI, § 4, page 262.

(4) — livre II, chap. VI, § 6, page 263.

Remarquons que, d'après cette doctrine, le rôle du juge sera très effacé puisqu'il n'aura qu'à appliquer et interpréter une loi positive issue de la volonté nationale ou un contrat individuel intervenu entre personnes déterminées. Il ne tiendra aucun compte de la coutume, à moins de la considérer comme faisant l'objet d'un contrat tacite entre les intéressés ou comme ayant été reconnue implicitement par le législateur.

Remarquons aussi que dans ce système « il n'y a plus de créations historiques ; il n'y a que des créations contractuelles : légalisme dans le droit privé ou constitutionnalisme dans le droit public : les poussées vitales de l'histoire ne peuvent rien contre le droit » (1).

III. — Les jurisconsultes

En général, nous pouvons dire que les jurisconsultes n'ont pas pris part à ces débats passionnés. Cependant, on peut constater que les jurisconsultes du XVIII^e siècle ont, à peu près, les mêmes idées, et puisent dans les mêmes sources, que ceux du XIII^e et du XVI^e siècle. Ils puisent surtout dans Domat et dans le prétendu droit romain restauré, ils s'inspirent des idées des économistes célèbres. C'est pourquoi, nous nous contenterons

(1) Saleilles, *L'origine du droit et du devoir*. Revue de philosophie 1909, pages 146-148.

de dire quelques mots de d'Aguesseau et de Pothier.

D'Aguesseau nous dit : « Il est essentiel à la société qu'il y ait des contrats... La Faculté de s'engager est conforme à toutes sortes de droit. Le droit naturel l'introduit, le droit des gens l'augmente et le droit civil la perfectionne » (1).

Il nous affirme : « Que le seul consentement des parties suffit pour rendre la vente parfaite... » (2) et qu' : « il faut en tout temps observer la loi portée par un contrat » (3). Il observe qu' : « en général, la valeur de chaque chose n'est que l'estimation de son utilité, comparée avec celle des choses que l'on donne en échange, à proportion des usages qu'elles produisent et du besoin qu'on en a... Suivant le droit naturel, qui laisse à chacun la liberté de disposer de son bien, selon qu'il convient à son propre intérêt, *sans aucun égard aux avantages de la société*, ce qui donne le prix à chaque marchandise n'est autre chose que le concours ou la combinaison du besoin, ou du désir, que le vendeur a de vendre avec le besoin, ou le désir, que l'acheteur a d'acheter, en sorte que le marché est conclu, quand l'un et l'autre sont venus au point où le vendeur n'estime pas plus sa marchandise que l'acheteur n'estime son argent. C'est donc le

(1) D'Aguesseau, *Œuvres*, t. II, page 512.

(2) — *Œuvres*, t. II, page 386.

(3) — *Œuvres*, t. II, page 382.

rapport en concert de ces deux estimations réduites à l'équilibre par la volonté réciproque des contractants, qui forme le véritable prix suivant le droit naturel » (1). Il constate qu'au contraire : « selon le droit des gens, la valeur est le prix qu'une opinion commune y attache sur le pied d'un besoin, que l'on peut aussi appeler un besoin commun. Enfin tout ce que le droit civil ajoute au droit des gens en cette matière, n'est que la fixation d'un prix invariable que l'ordonnance du Prince peut donner à certaines marchandises ; en quel cas une telle ordonnance devient la règle de leur véritable valeur » (2) ; il trouve que : « la misère et la nécessité de l'un des contractants ne sont point une cause de gain et de profit pour l'autre. Le besoin qui est le fondement de toutes les conventions est le besoin commun et ordinaire des hommes, non la nécessité singulière à laquelle un particulier peut-être réduit » (3) ; et il finit par invoquer saint Thomas pour dire : « Que la convenance personnelle qui dépend, non de la chose en elle-même, mais de la situation où se trouve l'acheteur, ne vient pas du vendeur ni de la marchandise, elle vient uniquement de la part de l'acheteur et par conséquent le vendeur, à qui elle n'appartient pas, ne saurait la mettre à prix, parce qu'il ne peut vendre ce qui n'est pas à lui » (4).

(1) D'Aguesseau, *Œuvres*, t. X, p. 172.

(2) — *Œuvres*, t. X, page 173.

(3) — *Œuvres*, t. X, page 177.

(4) — *Œuvres*, t. X, page 185.

Pothier, de même, admet le principe, que la convention est la loi des parties, avec les mêmes restrictions que ses devanciers. C'est ainsi qu'il reconnaît au juge le droit de condamner à des dommages-intérêts plus forts que ceux convenus entre les parties : « Du reste le juge ne doit pas être facile à écouter le créancier qui prétend que la peine qu'il a perçue ne le dédommage pas suffisamment de l'inexécution de la convention ; car les parties ayant, par la fixation de la peine, réglé et fixé elles-mêmes les dommages-intérêts qui résulteraient de l'inexécution de la convention, le créancier en demandant de plus gros dommages et intérêts, semble revenir sur une estimation qu'il a faite lui-même ; en quoi il ne paraît pas recevable, à moins qu'il n'ait la preuve à la main que le dommage par lui souffert, excède la peine convenue, etc. » (1).

Et plus loin, il cite Dumoulin qui admet que le juge puisse réduire une stipulation pénale et d'Azon qui ne l'admet pas, car « quelque excessive que soit la somme stipulée pour forme de peine en cas d'inexécution de la convention, le débiteur ne peut disconvenir qu'il a entendu s'y obliger, lorsque la clause du contrat est expresse, » mais il estime que : « nonobstant ces raisons, la décision de Dumoulin paraît plus équitable. Lorsqu'un débiteur se soumet à une peine excessive, en cas d'inexé-

(1) Pothier, t. III, p. 240, n° 342

cution de l'obligation primitive qu'il contracte, il y a lieu de présumer que c'est la fausse confiance qu'il a, qu'il ne manquera pas à cette obligation primitive, qui le porte à se soumettre à une peine aussi excessive, qu'il croit ne s'engager à rien en s'y soumettant et qu'il est dans la disposition de ne s'y soumettre s'il croyait que le cas de cette peine pût arriver ; qu'ainsi le consentement qu'il donne à l'obligation d'une peine aussi excessive, étant un consentement fondé sur une erreur et sur une illusion qu'il se fait, n'est pas un consentement valable ; c'est pourquoi ces peines excessives doivent être réduites à la valeur vraisemblable à laquelle peuvent monter au plus les dommages et intérêts du créancier résultant de l'inexécution de l'obligation primitive. Cette décision doit avoir lieu dans les contrats commutatifs, parce que *l'équité* qui doit régner dans ces contrats ne permettant pas que l'une des parties profite et s'enrichisse aux dépens de l'autre, il serait contraire à cette équité que le créancier s'enrichit aux dépens du débiteur, en exigeant de lui une peine trop excessive et trop manifestement au-dessus de ce qu'il a souffert de l'inexécution de l'obligation primitive, etc... » (1). Donc pas d'innovation. Les jurisconsultes se contentaient, en réalité, d'expliquer et de commenter les anciens textes avec méthode et clarté.

(1) Pothier, t. III, p. 245 et s., n° 345.

IV. — La Révolution

Les assemblées révolutionnaires ne pouvaient pas échapper à être dominées par les idées de leur siècle et surtout par celles de Rousseau. « Nous n'avons pas vu de notre temps, dit Sumner-Maine, et le monde n'a vu qu'une ou deux fois dans tout le cours des temps historiques, des travaux littéraires exercer une si prodigieuse influence sur l'esprit des hommes de tout caractère et de toute nuance intellectuelle que ceux que publia Rousseau de 1743 à 1762 » (1). M. Höffding trouve qu'... « on a bien exagéré le caractère doctrinaire du Contrat social. On s'en est servi pendant la Révolution, Robespierre et Saint-Just plus que personne autre, comme un catéchisme des éternelles vérités politiques qui devaient être transportées directement dans la vie » (2). M. Höffding vise, par là, ceux qui voulaient tirer du Contrat social une constitution politique, ce qui est bien vrai; il ne conteste pas les idées égalitaires de Rousseau ni son influence, ce qui nous suffit : « Les hommes politiques lui ont pris, nous dit M. Faguet, la souveraineté du peuple; la démocratie, l'écrasement de l'individu par la foule, l'anéantissement de l'individu; les littérateurs

(1) *L'ancien droit*, p. 83.

(2) *J.-J. Rousseau et sa philosophie*, pp. 95-96.

lui ont pris l'individualisme, l'exaltation du moi et la littérature individuelle, ce qui prouve seulement qu'il y avait beaucoup de choses dans Rousseau et que les tempéraments les plus différents peuvent y puiser de manière, non seulement à se satisfaire, mais à s'enivrer » (1). Ceci ne doit pas faire croire que pour M. Faguet l'autre Rousseau, champion de l'individualisme, de l'égalité et de la liberté individuelle, n'a eu aucune influence sur la Révolution. Par « hommes politiques » il vise, en effet, tous les politiciens même ceux de nos jours ; les révolutionnaires, au contraire, ont pris Rousseau en entier. Ils ont cru pouvoir accepter et concilier en pratique, ce que Rousseau fit en théorie : l'idée de la souveraineté du peuple et de la volonté générale avec celle de la liberté individuelle. Ils ont voulu être libéraux et démocrates et c'est justement ce que leur reproche M. Faguet. « Mettre dans une même déclaration, dit-il, le droit du peuple et les droits de l'homme, la souveraineté du peuple et la liberté par exemple, à égal titre, c'est y mettre l'eau et le feu et les prier de vouloir bien s'arranger ensemble » (2). Et un peu plus loin : « Mais les auteurs des déclarations, même de la première, quoique moins, étaient à la fois démocrates et libéraux, et ils croyaient à la fois à la liberté individuelle et à la souveraineté du peuple. Ils devaient mettre dans

(1) *Rousseau penseur*, p. 405.

(2) Faguet. *Du libéralisme*, p. 8.

leur œuvre une antinomie fondamentale » (1) ; Tout cela est clair et ne souffre pas la discussion. La Révolution était individualiste. Elle proclamait l'individu comme seul maître suprême de ses actes et de ses opinions. « Toute union sociale et par conséquent toute constitution politique ne peut avoir pour objet, disait Sieyès, que de manifester, d'étendre et d'assurer les droits de l'homme et du citoyen » (2). L'Etat n'est plus considéré que comme un simple rouage nécessaire pour l'exécution et la protection des volontés individuelles. Ces volontés doivent être respectées tant qu'elles ne sont pas en opposition avec la liberté d'autrui.

« Le premier élément de l'édifice social et juridique est l'homme considéré individuellement, c'est-à-dire, une volonté libre : « Je pense, donc je suis » disaient les philosophes classiques ; « Je veux, donc j'ai des droits » reflétaient les juristes classiques » (3).

De l'homme libre ayant une volonté libre, tout découle. Ne pouvant se passer de vivre en société et d'avoir des rapports avec ses semblables, l'homme doit régler sa conduite et ses rapports avec eux sur la liberté même.

Tout le monde ne parle plus que de liberté. Ce mot se retrouve à la bouche de tout orateur, sous

(1) Faguet. *Du libéralisme*, p. 9.

(2) Sieyès, *Préliminaires de la Constitution*, 20-21 juillet 1789. Archives parlementaires, 1^{re} série, t. VIII, p. 256.

(3) Saleilles, *De la personnalité juridique* 1910, p. 531.

la plume de tout écrivain ; il est à la base de tous les projets de constitutions qu'on soumettait aux assemblées. Voici comment M. Beudant, l'un des représentants de l'individualisme, décrit cet état de chose : « Le droit, c'est l'autonomie de l'être humain, la faculté inhérente à sa nature de ne dépendre que de lui-même dans la direction de sa pensée et de ses actes ; inviolabilité de la personne, liberté dans ses diverses manifestations, propriété enfin qui n'est que le corollaire de la liberté individuelle » (1). De là, la déclaration des droits, elle est la charte de l'idée moderne du droit ; et plus loin M. Beudant conclut ainsi : « Si la Révolution française a marqué le début d'une période nouvelle dans l'histoire, en quoi, sinon par la consécration du droit individuel comme fondement de la législation et du but de la politique » (2).

Que doit donc faire cette société individualiste ?

Mais détruire toutes les institutions qui vont à l'encontre de son idéal, qui entravent la circulation des richesses et qui autorisent les associations, même celles engendrées par les communautés d'intérêts et les similitudes des besoins. On supprimera donc tous les droits féodaux comme étant des entraves à la liberté de ceux qui détiennent le domaine utile de ces terres, et par suite, comme étant des gênes, pour le développement et le perfec-

(1) Beudant. *Le Droit individuel de l'Etat*, page 146.

(2) Beudant, *op. cit.*, p. 261.

tionnement de la production. Pour permettre le développement du contrat de prêt à intérêt, on décidera, au nom de la liberté contractuelle, la suppression des lois sur l'usure. Les substitutions, les fondations, et tout ce qui sera fait en vue d'un avenir assez lointain, seront prohibées. Et pour ne laisser de place que pour le contrat individuel, basé sur la liberté du travail et la liberté de concurrence, on décrètera l'abolition des corporations, maîtrises et jurandes. La coalition des ouvriers ou employés devient même un délit réprimé par la loi pénale. Les relations économiques et les rapports contractuels entre l'individu libre et indépendant, maître de son travail, de son activité et de ses biens, avec ses semblables, doivent être la base de tout développement économique normal de toute société humaine.

Et en mettant en pratique ces conceptions, en réduisant la société en une poussière inorganique d'atomes individuels, on croira accomplir une œuvre d'affranchissement, on croira libérer les individus et assurer l'épanouissement, libre et total, de toutes leurs puissances, et on affirmera que l'individu en ne poursuivant que son intérêt propre, sans s'occuper nullement des autres, contribue, de la meilleure façon, au développement de la richesse en général et par suite du bonheur et de la paix universels.

Et comme les économistes, ayant constaté l'instabilité naturelle des prix, avaient cherché la cause véritable de leur perpétuelle mobilité dans la

grande loi de l'offre et de la demande, on trouva dans la possibilité même des variations indéfinies une condition éminemment favorable à une production régulière et à une heureuse répartition des richesses.

Les économistes n'ayant pas eu de peine à démontrer qu'à vouloir fixer ou contrôler d'autorité les prix et les salaires, les pouvoirs publics n'étaient arrivés parfois qu'à des résultats désastreux, conclurent qu'aux yeux du législateur et du juge il ne saurait y avoir, ni juste prix, ni juste salaire. On décidera donc qu'en matière d'échanges et de contrats, il n'y a pas de justice objective à laquelle les conventions doivent se conformer ; ce sont les conventions libres qui créent elles-mêmes le juste. On supprimera donc, sauf à la rétablir partiellement plus tard, la rescision pour cause de lésion (1).

Et de peur qu'à l'avenir les hommes ne consentent inconsidérément à renouer les liens ainsi brisés, à forger pour leur liberté de nouvelles chaînes, on s'efforcera de rendre à jamais impossible la reconstitution des anciens organismes et des institutions abolies ; on refusera à l'avance aux solidarités futures toute reconnaissance légale. « L'anéantissement des corporations de citoyens de même état et profession étant une des bases fondamentales de la constitution française », il

(1) En vérité il faut reconnaître que la crise formidable causée par la baisse de la valeur des assignats a été pour une large part dans cette suppression.

sera, « défendu de les rétablir de fait sous quelque prétexte et sous quelque forme que ce soit » (1).

« Désormais ne devront se trouver en présence que des individus isolés, prétendus libres et supposés égaux, qui se mettent en relation sous le contrôle bienveillant de l'Etat » (2). Entre eux le contrat strictement individuel restera le seul organe possible des relations juridiques. Plus on laissera libre le choc et les luttes de forces naturelles entre elles, plus la société en ressentira les conséquences en bienfaits, en harmonie et en ordre. Ainsi défense absolue fut faite au juge de s'immiscer dans les libres contrats sous prétexte d'y corriger, au nom d'une imaginaire équité, de prétendues injustices.

V. — Le Code Civil

Voulant faire un code unique pour tout le pays, on essaya naturellement d'y introduire toutes les idées que nous venons de voir. Les rapports des divers projets présentés sont édifiants sur ce point. C'est ainsi que Cambacérès constate que : « la volonté des contractants est la règle la plus absolue, qu'elle ne connaît d'autres bornes que

(1) Loi Chapelier des 14-17 juin 1791, art. 1^{er}.

(2) Rambaud. *Histoire des doctrines économiques*, p. 187.

celles qui sont placées par l'intérêt général, etc. » (1) et dit plus loin : « la partie des contrats ne nous a pas offert d'aussi grands changements que les autres... Le fond du tableau a donc souffert peu d'altération, il a fallu seulement imprimer un grand caractère aux conventions et ne pas permettre que leur stabilité fut légèrement compromise ; ainsi nous avons rejeté la faculté de rachat des immeubles, qui avait le double inconvénient d'être une source intarissable de contestations, et de nuire aux progrès de l'agriculture et de l'embellissement des cités, par l'incertitude qu'elle laissait sur les propriétés » (2).

Et alors, du moment que le mariage est un contrat, il faut reconnaître aux parties le pouvoir de le dissoudre comme n'importe quel autre contrat : « le pacte matrimonial doit son origine au droit naturel, il a été perfectionné et fortifié par les institutions sociales ; la volonté des époux en fait la substance ; le changement de cette volonté en opère la dissolution : de là le principe du divorce, établissement salutaire longtemps repoussé de nos mœurs par l'effet d'une influence religieuse » (3).

Continuant à appliquer les idées de Rousseau, Cambacérès juge que : « La voie impérieuse de

(1) Rapport de Cambacérès présenté au nom du comité de législation (1^{er} projet du Code). Fenet, t. I, p. 4.

(2) *Op. cit.* Fenet, t. I, p. 9.

(3) Fenet, t. I, p. 4.

la raison s'est faite entendre, elle a dit : il n'y a plus de puissance paternelle ; c'est tromper la loi de la nature que d'établir ses droits par la force » (1). Un peu plus loin il nous indique ce qu'on doit faire des enfants pour retrouver la société idéale qui se rapproche le plus de l'état de nature tant regretté par Rousseau : « Les enfants seront dotés, en apprenant, dès leur tendre enfance, un métier d'agriculture ou d'art mécanique Avec cette ressource, également à l'abri et des coups du sort, et des tourments de l'ambition, nos jeunes républicains renouvelleront le rare spectacle d'un peuple agriculteur, riche sans opulence, content sans fortune, grand par son travail, et lorsque l'orgueil dédaigneux leur demandera où sont leurs richesses, tel que ce fameux romain, accusé de magie à cause de la fertilité de ses terres, et qui forcé de se défendre, se contenta d'apporter avec sa charrue tous les instruments de ses travaux champêtres, et les jetant aux pieds de ses juges : voilà, leur dit-il, mes enchantements et mes sortilèges ; ainsi les enfants de la patrie montreront leurs moissons, leurs cultures, leurs arts, leurs travaux, et ils diront à l'envie étonnée : voilà nos trésors » (2).

N'est-ce pas une page digne du Contrat social ? Il est vrai que les physiocrates doivent avoir leur part d'honneur ou de responsabilité, car, en ne

(1) Fenet, t. I, p. 4.

(2) Fenet, t. I, pp. 5 et 6.

reconnaissant que la terre comme source de richesse digne de ce nom, ils ont aidé à rendre raisonnables ces chimères bonnes pour un philosophe et non pour un législateur.

Ce premier projet ne fut pas admis. Un second projet dont Cambacérès était aussi l'auteur et le rapporteur, fut présenté. Dans son rapport, Cambacérès cherchant les besoins de l'homme, trouve que : « Trois choses sont nécessaires et suffisantes à l'homme en société. *A.* être maître de sa personne *B.* avoir des biens pour remplir ses besoins *C.* pouvoir disposer, pour son plus grand intérêt, de sa personne et de ses biens. Tous les droits civils se réduisent donc aux droits de liberté, de propriété et de contracter » (1).

En rapportant la partie concernant les contrats, il remarque que : « L'homme quoique propriétaire de sa personne et de ses biens, ne peut jouir pleinement du bonheur qu'il a droit d'attendre de la société, si elle ne lui accorde, ou plutôt si elle ne lui laisse, le droit de disposer à son gré de cette double propriété.... Chacun compose son bonheur des éléments de son choix. De là vient le droit de contracter, qui n'est que la faculté de choisir les moyens de son bonheur... ; la pensée d'une obligation est donc inséparable de l'idée d'un contrat. La loi et les conventions sont les deux causes des obligations. La loi prescrit des devoirs individuels

(1) Fenet, t. I, pp. 100 et s.

les hommes en réglant entre eux les transactions sociales, s'imposent eux-mêmes des engagements, qu'ils forment, étendent, limitent et modifient par un consentement libre. Il serait donc superflu de vous présenter l'analyse des règles (1) que nous avons cru devoir recueillir, et qui, pour la plupart, sont observées parmi nous. La première de toutes, la plus inviolable, est celle qui ordonne de respecter le contrat aussitôt qu'il est l'effet d'une volonté libre et éclairée ; la loi en fait une obligation et la probité un devoir » (2).

Avec le troisième projet de Cambacérès on fit un retour en arrière, on pensa un peu plus à la réalité et on commença à abandonner ces dissertations philosophiques. D'ailleurs voici comment, par exemple, il explique le retour à l'idée d'une administration unilatérale des biens de la communauté : « Dans le premier projet du code on avait adopté l'administration commune. Cette innovation a éprouvé de justes critiques. Et quoique l'égalité doive servir de régulateur dans tous les actes de l'organisation sociale, ce n'est pas s'en écarter que de maintenir l'ordre naturel, et de prévenir ainsi des débats qui détruiraient les char-

(1) Voici les articles visés dans ce passage : article 144 : les obligations peuvent avoir deux causes : les conventions formées entre les parties et la loi ; art. 145 : sans consentement point de convention ; art. 146 : toute convention qu'elle qu'en soit la cause, fait loi entre ceux qui l'ont formée. Fenet, t. I, page 123.

(2) Fenet, t. I, pages 107 et 108.

mes de la vie domestique. Remarquez, en effet, que l'administration commune serait perpétuellement entravée, et que la diversité d'opinions sur les plus petits détails opérerait bientôt la dissolution du mariage » (1).

Il admet le divorce, mais il invoque en sa faveur d'autres raisons que la seule volonté des parties : « L'indissolubilité n'est pas une loi de la nature ; elle ne saurait être une loi de la société conjugale. Il serait à la fois absurde et cruel de forcer deux époux qui se haïssent ou se méprisent à demeurer ensemble dans la discorde et le chagrin jusqu'à la mort. Le divorce est donc en soi une institution sage ; il est fondé sur la nature, sur la raison, sur la justice, sur le droit de liberté personnelle, il doit subsister avec les modifications dont l'expérience a fait découvrir le besoin et en conciliant le droit de disposer de soi avec le respect dû au plus sacré des biens, etc. » (2). Pour les conventions en général rien de nouveau ; notons cependant que, parlant de la loi, il dit : « La loi prescrit des devoirs individuels ; elle détermine des engagements tacites, *et elle forme des contrats par les règles seules de l'équité* » (3). Ici le contrat n'est pas à la base de la loi ; au contraire, il en est le résultat. Et plus loin : « Les engagements sont pour ceux qu'ils lient ce

(1) Fenet, t. I, page 156. Discours préliminaire, prononcé au Conseil des Cinq Cents.

(2) *Op. cit.*, pages 157-158.

(3) *Op. cit.*, page 169.

que les lois générales sont pour tous les citoyens » (1). Aussi doit-on assurer leur stabilité, car « dans l'ordre civil comme dans l'ordre politique, l'incertitude est un fléau » (2).

Voici un principe qui ne doit pas être oublié par les jurisconsultes et les législateurs. On voit que les temps avaient commencé à changer et on n'aurait jamais cru que l'auteur de ces divers projets est le même. Mais Cambacérès voulait à tout prix unifier la législation du pays, il considérait naturellement que les détails peuvent être corrigés et que l'essentiel est d'atteindre le but principal. C'est pourquoi il se pliait à toutes les exigences et cherchait de se concilier avec les idées et les théories de ceux qui vont juger son travail. S'il n'a pas pu réussir dans ses trois tentatives, ce n'était pas de sa faute ; et en tous cas ses échecs ont permis à l'élaboration et à la discussion du dernier projet d'être faites dans un moment où les convulsions politiques avaient cessé d'agiter les esprits, dans un moment de calme et de modération, ce qui permit de juger les choses d'une façon plus saine et plus pratique. D'ailleurs, il faut reconnaître que sans l'autorité et l'énergie du Premier Consul, le cinquième projet aurait eu probablement le même sort que ses devanciers. Le Code fut modéré, mais individualiste, car on ne pouvait pas renier de la Révolution, ses bases

(1) *Op. cit.*, p. 169.

(2) *Op. cit.*, p. 177.

essentielles. L'esprit individualiste du Code ne peut pas être mis en doute ; ses auteurs eux-mêmes le reconnaissent. « Elles (les lois) atteignent chaque individu, elles se mêlent aux principales actions de sa vie, elles le suivent partout ; elles sont souvent l'unique morale du peuple et toujours elles font partie de sa liberté ; enfin elles consolent chaque citoyen des sacrifices que la loi politique lui commande pour la cité, en le protégeant, quand il le faut, dans sa personne et dans ses biens, comme s'il était, lui seul, la cité entière » (1). Cet individualisme les amena à accepter l'interdiction des associations non civiles, ni commerciales, ou plutôt à soumettre leur création à l'arbitraire du gouvernement : « Quant aux associations qui ne constituent, ni des sociétés civiles, ni des sociétés commerciales, nos lois les avaient reléguées dans le Code pénal, et ce Code ne les mentionnait que pour les subordonner à l'agrément du pouvoir : « Nulle association de plus de vingt personnes, dont le but sera de se réunir tous les jours ou à certains jours marqués pour s'occuper d'objet religieux, littéraire, politique ou autre, ne pourra se former qu'avec l'agrément du gouvernement et sous les conditions qu'il plaira à l'autorité publique d'imposer à ces sociétés » (art. 291) (2).

(1) Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement. Fenet, t. I, p. 466.

(2) Albert Sorel. *Livre du centenaire*, p. XLV.

L'Esprit du Code fut aussi modéré que possible. « Nous avons fini le roman de la Révolution, disait le Premier Consul, il faut en commencer l'histoire et voir ce qu'il y a de réel et de possible dans l'application des principes et non ce qu'il y a de spéculatif et d'hypothétique. Suivre aujourd'hui une autre marche, serait philosopher et non gouverner. Il interrogeait : comment cela est-il maintenant ? Comment cela est-il ailleurs ? Cela est-il juste ? Cela est-il utile ? Il ramenait tout à ces deux questions » (1). Ces auteurs reconnaissent que les lois évoluent et se perfectionnent avec le temps, qu'ils varient selon les besoins, les tempéraments, le progrès du commerce et de l'industrie des nations et que par suite il était chimérique de faire des lois fondées sur la raison seule, et par suite immuables, pour l'humanité entière : « Quoique l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout.

« Dans les matières mêmes qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un

(1) Albert Sorel. *Livre du centenaire*, p. XXVII.

texte de loi. D'ailleurs comment enchaîner l'action du temps ? Comment s'opposer au cours des événements ou à la pente insensible des mœurs ? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre ?

« Un Code quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car *les lois une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais* ; ils agissent toujours, et ce mouvement qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau » (1). Convenons que celangage admirable est la sagesse et la prévoyance mêmes. Un peu après ils disent : « C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. *Les Codes des peuples se font avec le temps ; mais à proprement parler on ne les fait pas* » (2).

Doit-on s'étonner après cela si on voit reparaître les mots d'autorité maritale et de puissance paternelle, dans leur projet ?

(1) Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement. Fenet, t. I, p. 469 et s.

(2) *Op. cit.*, Fenet, I, page 476.

« L'autorité maritale est fondée sur la nécessité de donner, dans une Société de deux individus, la voie pondérative à l'un des associés, et sur *la prééminence du sexe* auquel cet avantage est attribué » (1). De même, « l'autorité des pères est motivée par leur tendresse, par leur expérience, par la maturité de leur raison, et par la faiblesse de leurs enfants. Cette autorité est une sorte de magistrature à laquelle il importe, surtout dans les États libres, de donner une certaine étendue. Oui, on a besoin que les pères soient de vrais magistrats, partout où le maintien de la liberté demande que les magistrats ne soient que des pères » (2).

Ils limitent les causes du divorce que les premiers projets avaient admis d'une façon très large, et, peut-on dire, par volonté unilatérale, tout en acceptant le principe : « Le vœu de la perpétuité dans le mariage étant le vœu même de la nature, il faut que les lois opposent un frein salutaire aux passions, il faut qu'elles empêchent que le plus sain des contrats ne devienne le jouet du caprice, de l'inconstance ou qu'il ne devienne même l'objet de toutes les honteuses spéculations d'une basse avidité. Depuis nos lois nouvelles, la simple allégation de l'incompatibilité d'humeur et de caractère pouvait opérer la dissolution du mariage. Alléguer n'est pas prouver... Donc, en

(1) *Op. cit.*, Fenet, I, page 486.

(2) Fenet, t. I, page 486.

dernière analyse, autoriser le divorce sur un tel motif, c'est donner à chacun des époux le funeste droit de dissoudre le mariage à sa seule volonté ! Existe-t-il *un seul contrat dans le monde, qu'un seul des contractants puisse arbitrairement et capricieusement dissoudre* sans l'aveu de la partie avec laquelle il a traité » (1).

Traitant de la partie qui concerne les contrats, ils nous enseignent qu' : « on gouverne mal, quand on gouverne trop. Un homme qui traite avec un autre homme, doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. *S'il en était autrement, la vie des hommes sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité et cette surveillance* dégénérerait elle-même en *inquisition* » (2). Après avoir admis ainsi la liberté des contractants et l'autonomie de leurs volontés, ils trouvent qu'il faut faire un retour en arrière et admettre certains contrats abolis par des lois précédentes : « Mais nous avons pensé qu'on avait été trop loin, quand, sous prétexte d'effacer jusqu'aux moindres traces de la féodalité, on avait proscrit le bail emphytéotique et le bail à rente foncière, qui n'ont jamais été un contrat féodal, qui encou-

(1) Fenet, t. I, page 492.

(2) Fenet, t. I, page 514.

rageaient les défrichements, qui engageaient les grands propriétaires à vendre les forêts qu'ils ne pouvaient pas cultiver avec soin, et qui donnaient à des cultivateurs laborieux, dont les bras faisaient toute la richesse, les moyens faciles de devenir propriétaires » (1).

C'est dans ces conditions et dans cet esprit, que l'article 1134 (2) a consacré le principe qui a servi de base au développement de la doctrine de l'autonomie de la volonté. Cette doctrine considère l'homme comme fin en soi : « L'homme, dit Kant, existe comme fin en soi, et non pas seulement comme moyen pour l'usage arbitraire de telle ou telle volonté » (3) ; il a donc « une valeur propre, il est le maître de sa pensée et de ses actes, puisqu'il se fait à lui-même sa règle ; dès lors, il a droit au respect, dans l'usage qu'il fait de sa volonté libre » (4). Beudant, trouve que le premier mérite revient à l'Assemblée constituante tant dénigrée et dont le travail fut méconnu avec presque de l'ingratitude : « L'Assemblée nationale a remplacé l'arbitraire par la loi, le privilège par l'égalité, la sujétion et la dépendance par la

(1) Fenet, t. I, page 516.

(2) Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

(3) V. Beudant. *Le droit individuel de l'Etat*, p. 138.

(4) V. Beudant. *Le droit individuel de l'Etat*, p. 138.

liberté ; elle a ainsi préparé le développement large et complet des facultés de l'individu, ce qui est le but normal de la Société civile et l'idéal de la justice » (1).

Remarquons que si le but poursuivi par cette doctrine, en matière de contrat, est la liberté absolue des parties contractantes, liberté consacrée par l'art. 1134, son point de départ n'est pas le même que celui de l'évolution qui a fini par triompher lors de la rédaction du Code et par imposer l'acceptation de cet article. En effet, nous avons, à maintes reprises, insisté sur ce point que la liberté des contrats n'était recherchée que comme *moyen* d'assurer plus de justice et d'égalité parmi les hommes ; or, nous venons de voir que la doctrine de l'autonomie de la volonté part de ce principe que l'homme « est fin en soi, l'homme a individuellement la plénitude de l'être » (2). « Qu'aucun homme ne peut être considéré comme un moyen pour nos propres fins.... qu'aucun des hommes ne puisse se considérer comme un moyen pour servir les fins d'autrui (3) », que le droit n'a pas pour but de rechercher le bonheur social ni la justice parmi les hommes, mais « la détermination des conditions sous lesquelles la liberté de chacun peut *coexister* avec la liberté de

(1) V. Beudant. *Le Droit individuel et l'État*, p. 133.

(2) V. Beudant. *Le Droit individuel et l'État*, p. 142.

(3) V. Kant. *Fondement de la métaphysique*, cité par L. Bourgeois, *Solidarité*, pp. 84 et 148.

tous. Kant et ses successeurs se sont efforcés de déduire tout le droit de cette seule maxime que l'on appelle *la maxime de la coexistence* » (1), et que l'Etat n'a que des fonctions de police et de surveillance. On voit qu'on est loin des idées de ceux qui avaient commencé à lutter pour la liberté du contrat. L'autonomie de la volonté n'a été pour eux qu'un moyen ; pour ceux qui l'ont érigée en dogme, elle est un moyen et une fin en même temps.

Les découvertes des sciences naturelles avaient commencé (2) par servir puissamment la thèse individualiste. Les lois de la lutte physiologique pour l'existence semblaient donner à la fois l'explication et la justification des lois de la concurrence sociale. Darwin prouve d'une façon éclatante que la lutte pour la vie est la cause et le moyen du progrès dans le monde des plantes et des animaux, par la sélection naturelle et la survivance des plus forts ; d'autres constatent que « c'est par

(1) Tanon. *L'Evolution du droit et de la conscience sociale*, p. 4.

(2) Cependant, par suite de leurs développements ultérieurs, elles ont conduit à des résultats diamétralement contraires. A la théorie de « la lutte pour l'existence » on oppose la doctrine de la « solidarité des êtres ». Les hommes sont, entre eux, placés et retenus dans des liens de dépendance réciproque, comme le sont tous les corps et tous les êtres sur tous les points de l'espace et du temps. La « lutte pour l'existence » n'est elle-même qu'un des divers aspects de la même loi générale de dépendance réciproque des éléments de la vie universelle.

l'exercice incessant des fonctions développant les organes, par l'adaptation des organes aux conditions des milieux, que l'individu se développe et se perfectionne ; c'est par la suppression, des plus faibles et par la survivance et la reproduction des plus forts, que se fixent les qualités utiles de l'espèce et que les êtres qui la composent évoluent vers une forme toujours supérieure (1) ». D'où cette nouvelle théorie appelée « la lutte pour l'existence ».

Cette lutte pour la vie est, disent ses adeptes, *la seule cause* du progrès social ; elle est le moyen unique qui permet aux hommes de s'adapter, d'une façon rationnelle et parfaite, entre eux et avec leur milieu, elle est la loi perpétuelle du développement des sociétés : et ils proclament « qu'il faut lui laisser ou lui procurer, en toutes circonstances, son libre cours, et surtout se garder de lui apporter les plus légers obstacles. On en exalte la beauté et les bienfaits, et c'est d'elle qu'on fait sortir, par une vertu miraculeuse, l'harmonie finale et naturelle de tout le monde économique et social » (2) ; « La pauvreté des incapables, a dit Spencer, la détresse des imprudents, le dénuement des paresseux, et cet écrasement des faibles par les forts qui laisse un si grand nombre dans les bas-fonds et la misère, sont le résultat d'une loi éclai-

(1) L. Bourgeois. *Solidarité*, pp. 17, 18.

(2) Tanon. *L'Evolution du droit*, pp. 117, 118.

rée et bienfaisante » (1) ; plus loin, il reproche à l'Etat, qui violait cette loi pour faire œuvre de philanthropie, « de remplir le monde d'êtres pour qui la vie sera une peine et d'en écarter ceux pour qui elle serait un plaisir, de créer la douleur et d'éloigner le bonheur » (2). C'est laid, mais logique. En effet : « Si c'est par l'élimination des malvenus que les races se purifient, par la prédominance des forts, que les sociétés et par elles l'humanité progressent, tout ce qui entrave ou diminue l'action de cette loi biologique est une atteinte aux lois de la nature et par conséquent un mal » (3). Or, il est absolument sûr que Spencer bâtit sa théorie du droit sur le principe de la sélection naturelle et de la survie des plus forts combiné avec l'idée de l'égale liberté ; et alors, du moment que la sélection est naturelle, on doit laisser tout individu recueillir librement tous les avantages et les inconvénients inhérents à sa nature. Deux exceptions sont permises : pour la faiblesse de l'enfance et pour ne pas permettre à chacun des hommes vivant en société de léser les intérêts des autres dans la recherche de ce qui lui est avantageux ou utile. Autrement : « Chaque homme doit, recueillir librement les résultats, favorables ou défavorables, de sa nature, et de la conduite qui en découle, de

(1) H. Spencer. *Social Statics*, p. 69, cité dans *l'Individu contre l'Etat*, p. 101.

(2) H. Spencer. *Social Statics*, p. 381.

(3) C. Beudant, *Le Droit individuel et l'Etat*, page 235.

manière à ne pouvoir, ni être privé des effets avantageux de ses actions, ni se décharger sur autrui de leurs conséquences fâcheuses... Cette formule de la justice... se résout, en définitive, dans la reconnaissance de la liberté de tous, dans la loi d'égale liberté » (1).

Mais c'est justement le résultat obtenu et voulu par le jeu et la pratique de la théorie de l'autonomie de la volonté. En réalité, Spencer est un individualiste qui n'a pas de respect pour l'homme, qui méconnaît la responsabilité morale et c'est par là que le résultat qu'il obtient diffère du but recherché par les partisans du principe de l'autonomie de la volonté. On peut même dire que sa doctrine « a un nom, déjà ancien dans l'économie politique, c'est celui de la concurrence illimitée et sans frein, *du laisser passer et du laisser faire*. Appliquée à l'ensemble de la vie sociale, elle fait revivre, en la transformant, et sous une forme scientifique nouvelle, la vieille théorie de Hobbes, de la lutte de tous contre tous » (2).

On ne peut pas contester les arguments que peuvent tirer de cette théorie les économistes physiocrates et tous ceux qui soutiennent que les contrats doivent rester complètement libres. Ils diront : « La concurrence économique, n'est qu'une forme de la concurrence vitale. L'effort est la loi de la vie sociale comme il est la loi de la

(1) Tanon, *l'Evolution du droit*, pages 120-121.

(2) Tanon, *l'Evolution du droit*, page 118.

vie physique... *Laissons donc faire et laissons passer.* Toute intervention d'une puissance collective pour régler le conflit des intérêts individuels est à la fois arbitraire et vaine. L'Etat a bien une fonction : il doit veiller à ce que la mêlée sociale ne soit pas violente et sanglante comme celle des espèces, il doit maintenir la paix matérielle, « l'ordre public » entre les hommes » (1).

Là, finit son pouvoir et commence la liberté des individus. « Quant aux personnes auxquelles l'Etat garantit cette sécurité, elles peuvent faire de leurs propriétés (ou pour mieux dire de leurs activités) ce que bon leur semble. L'Etat n'a pas à s'immiscer dans les combinaisons privées : c'est aux particuliers à gérer leurs affaires au mieux de leurs intérêts » (2).

Ces théories et ces doctrines, tout en affirmant la liberté absolue des parties contractantes pour régler leurs rapports juridiques, se soutiennent et se complètent sans se confondre.

Remarquons enfin qu'à toutes ces théories se rattachent une autre qui n'est en vérité, diraient ses partisans, qu'un des éléments essentiels à l'existence de n'importe quel droit, nous voulons parler de la théorie du sujet de droit. En effet, le droit, disent-ils, n'est que le rapport entre deux personnes (sujet actif et sujet passif) ou entre une personne et une chose, suivant qu'on

(1) D. Léon Bourgeois, *Solidarité*, page 18.

(2) Yves Guyot, *La propriété*, page 250.

est en présence d'un droit personnel ou d'un droit réel. Le sujet de droit est un des quatre *éléments normalifs* de tout droit, nous dit M. E. Picard ; et un peu plus loin il nous affirme l'impossibilité d'y toucher, tellement il croit à son évidence : « De même qu'il est permis, alors qu'on a vu le soleil se coucher le soir et invariablement se lever le matin, d'affirmer qu'il en sera ainsi pour les jours à venir, assez d'analyses ont été ou peuvent être faites sur les droits pour proclamer l'existence du canon juridique formé des quatre éléments essentiels, etc... » (1). Il est clair, disent-ils, qu'aucun droit ne peut exister s'il n'y a personne qui en jouisse. En un mot, tout droit est subjectif.

Mais qui va-t-on admettre comme sujet de droit ? C'est premièrement et naturellement l'être humain. Les personnes sont, en effet, les seules qui puissent créer et jouir pleinement des droits, depuis la naissance jusqu'à la mort. Pourtant cette durée peut subir des extensions ou des diminutions suivant les idées et les milieux. C'est ainsi que dès l'antiquité, on a longtemps considéré cette qualité, comme étant une prérogative des hommes libres ; l'esclave ne pouvait pas, en général, être titulaire d'un droit. Les anciens romains plaçaient dans cette dernière situation, les étrangers (*hostis*) et les citoyens exilés. Le code civil lui-même a reconnu pendant longtemps un des cas de « mort

(1) V. E. Picard, *Le Droit pur*, page 61.

juridique », celui de la mort civile. Mais, par contre, elle peut aussi s'étendre, comme c'est le cas pour le fœtus durant la conception ; cependant on peut dire que l'être humain existe déjà, sauf que cette existence n'est pas encore individuelle (1). Un mort peut aussi, parfois, être traité comme sujet de droit, c'est ainsi qu'au moyen-âge on intentait des procès criminels contre des morts ; l'inquisition exhumait leurs cadavres, les faisait comparaître devant elle et prononçait contre eux des peines posthumes et surtout la confiscation des biens qui leur appartenaient avant leur décès. Depuis le code civil, on considère, au contraire, que seul l'homme vivant peut être sujet de droit. Cette idée du sujet de droit a été rétrécie et en quelque sorte matérialisée. On dit que le sujet de droit ne pouvait être qu'une personne nommément déterminée et les tribunaux sont allés jusqu'à interdire les legs en faveur de personnes indéterminées et les stipulations pour des tiers non désignés avec précision dans l'acte.

Et comme on a dû reconnaître que les activités humaines ne se manifestent pas seulement par les hommes pris individuellement, qu'elles peuvent avoir pour organes des collectivités, c'est-à-

(1) Le Code fédéral suisse (art. 31) donne comme point de départ à la capacité de jouissance, la conception, à condition que l'enfant naisse vivant. Au contraire, le Code civil allemand, fait comme le Code Napoléon, et fixe ce point de départ à la naissance, sauf des exceptions limitées (art. 1923, 2043, 2178).

dire, des individus associés pour un but ou un besoin commun (Etats, différentes sortes de sociétés, etc...), on décida de leur permettre d'être des sujets de droit par une fiction de la loi. Aussi leur donne-t-on des noms qui montrent leur caractère artificiel : personnes civiles ou morales ou juridiques, ou intellectuelles.

On a donc admis à la personnalité juridique les hommes vivants, d'une façon exceptionnelle les enfants conçus et les personnes morales (1). Mais comme ces dernières ne furent admises

(1) On admet généralement que les mesures bienveillantes et protectrices rendues à l'occasion des animaux ne les rend pas pour cela sujets de droit. Si on défend les actes de cruautés envers eux, c'est simplement pour protéger l'homme dans sa sensibilité : « on ne peut porter atteinte à son honneur, à sa pudeur, sans s'exposer à une répression ; une protection analogue s'indique pour cette chose plus délicate, la souffrance causée à sa sensibilité, par des traitements cruels infligés à des êtres qui participent avec lui aux misères nombreuses et aux rares joies de la vie » (V. E. Picard, *Le Droit pur*, p. 70). Et pour nous montrer que parfois les animaux peuvent être considérés comme des sujets de droit, M. E. Picard nous rappelle le passé. « Sans parler de Caligula, nous dit-il, qui fit *Consul*, son cheval, par une grotesque application du droit public, un des livres de la loi des Parsis, le Code du chien de berger, reconnaît à ce quadrupède, agile et vigilant, le droit de tuer un mouton et de s'en nourrir, quand pour la quatrième fois son maître lui refuse à manger... S'il mord un mouton ou un homme, on lui coupe la première fois l'oreille gauche... C'est on le voit du vrai droit pénal bien échelonné » (E. Picard, *op. cit.*, p. 70). Il nous cite d'autres peuples qui admettent qu'il y ait des procès

que comme une fiction, on fut amené à chercher à les limiter, en disant que toute fiction est de droit strict, et on exigea naturellement, pour que l'on puisse invoquer cette fiction, l'autorisation de l'autorité qui par sa volonté souveraine peut l'admettre ou la refuser et même après l'avoir accordée, changer d'avis et décider qu'il en soit autrement.

On voit par ce simple et court exposé tout l'appui qu'offre cette théorie aux individualistes et à ceux qui proclament l'autonomie de la volonté. C'est l'homme, toujours l'homme qui est à sa base, qui apparaît toujours seul et ensuite en groupes avec ses semblables qui ne sont admis à jouer comme collectivité le rôle de sujets de droit qu'exceptionnellement et par suite d'une fiction seulement. C'est à l'individu que vont les préoccupations des juristes et c'est à lui seul que le droit est destiné. Nous verrons dans la suite ce qu'il faut penser de toutes ces théories qui semblent à première vue, naturelles et logiques.

contre les insectes destructeurs, etc... En tout cas, on commence déjà à parler de la protection des animaux pour eux-mêmes, et non pour ménager la sensibilité des hommes : « Les animaux qui font aussi partie de la Société, nous dit M. Charmont, qui travaillent et qui meurent pour elle, dont la propriété est une dernière forme de l'esclavage ne seront plus oubliés par la loi et seront protégés contre la dureté et la puissance de ceux qui les possèdent. » (J. Charmont, *Le Droit et l'esprit démocratique*, p. 39).

CHAPITRE III

PRINCIPAUX EFFETS DE LA THÉORIE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ APPLIQUÉE AUX CONTRATS.

- I. *Pas d'obligation sans contrat* : Recours des juristes à l'idée de fiction pour pouvoir maintenir cette base à toutes les obligations. — Ce que pensent MM. Fouillée, Faguet et L. Bourgeois du pouvoir du contrat et de son avenir. — Les délits et les quasi-délits reposent aussi sur la théorie de la volonté. — L'article 1370 du Code civil. — Intérêts pratiques de ces idées.
- II. *Tout engagement libre est juste* : Lésion dans les contrats faits par des personnes majeures. — Fixation du taux de l'intérêt. — Rôle de l'Etat. — Réglementation du travail des adultes. — Théorie de l'abus du droit. — Impossibilité d'exiger la justice absolue dans les contrats.
- III. *Nul ne peut modifier les conditions ou les effets d'un contrat valablement formé sans le consentement unanime de tous ceux qui y ont contribué* : Existence de plusieurs exceptions à ce principe. — Objet de la deuxième partie de ce travail.

M. Gounot dans sa remarquable thèse cite :
« deux principes de la pure doctrine individualiste ; » d'une part, pas d'obligation sans contrat, et d'autre part, tout engagement contractuel est licite. Seul je peux m'engager, je peux

m'engager à tout ce que je veux (1) ; à ces deux effets nous pensons pouvoir ajouter un troisième qui nous paraît aussi fondamental qu'eux, à savoir : nul ne peut modifier les conditions ou les effets d'un contrat valablement formé sans le consentement unanime de tous ceux qui y ont contribué.

I

Pas d'obligation sans contrat. On ne trouvera aucune peine à comprendre cette conséquence après nos développements antérieurs. Du moment que je suis l'égal de tous les autres particuliers, que personne n'a cédé une partie de sa liberté que dans la mesure où tous les autres citoyens le font, et que, par suite, la loi ne doit intervenir que pour régler un intérêt général (2), personne ne peut m'obliger sans mon consentement et par conséquent sans contrat. « Il n'y a point d'engagement, disait Sieyès, s'il n'est fondé sur la volonté libre des contractants » (3).

« Toute justice, déclare M. Fouillée, doit être contractuelle. C'est au contrat, c'est à la justice contractuelle que doivent aboutir logiquement,

(1) Gounet (E.). *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*. Thèse, Dijon, 1912, p. 61.

(2) V. plus haut les citations empruntées à Rousseau.

(3) Préliminaires de la Constitution des 20 et 21 juillet 1789 (Archives parlem., 1^{re} série, t. VIII, p. 257.)

comme à leur suprême condition et à leur conciliation, les autres formes de la justice » (1).

« Un droit ! Qu'est-ce qu'un droit ? C'est, nous dit M. Faguet, ce ne peut être que le résultat d'un contrat.... Il y a droit parce qu'il y a eu contrat. En dehors de cela il n'y a pas de droit du tout.... Tout droit qui ne résulte pas d'un contrat est une prétention, ou plutôt est un non sens.... La vérité est que l'homme, être engagé dans la société par sa nature même et ne vivant que par elle, n'a aucun droit personnel antérieur au premier service qu'il rend et au premier contrat qu'il signe » (2).

Et c'est ainsi que, sans admettre le point de départ du Contrat social (l'état d'isolement primitif), M. Faguet arrive à reconnaître l'autorité et le pouvoir du contrat.

Aussi les juristes classiques dépenseront toute leur ingéniosité pour pouvoir affirmer qu'à la base de tous les rapports juridiques, s'il n'existe pas un contrat formel ou tacite, on doit en trouver du moins un quasi-contrat et en désespoir de cause, ils se rabattront sur l'idée d'une fiction : « Leur esprit demeurera inquiet, dit M. Dereux, comme si on leur parlait d'un fleuve qui n'ait point de source, d'une échelle qui ne reposerait sur rien... L'idée d'une convention a une vertu

(1) *Science sociale*, 2^e édit., pp. 45-47 cité par Gounot. *Autonomie de la volonté*, p. 62.

(2) E. Faguet. *Le Libéralisme*, 1902, pp. 5-6.

explicative si énergique que la seule fiction d'une convention vient tout éclairer » (1).

Cela leur permettra de sauver les apparences et de maintenir, au moins en équilibre, la façade de leur édifice ; c'est un moyen déjà jugé excellent par le préteur romain pour tourner les rigueurs des lois dont il avait le devoir d'appliquer strictement. « Ainsi (2) qu'est-ce que la société pour beaucoup de jurisconsultes et de politiques ? Un contrat ou tout au moins un quasi-contrat ; car ce n'est qu'en la considérant comme telle qu'on la peut affirmer légitime. Qu'est-ce que la loi ? Une convention entre des êtres libres qui se commandent à eux-mêmes ». « Pourquoi la propriété individuelle est-elle légitime ? Parce qu'elle est issue d'un contrat primitif (3), ou parce qu'elle a pour effet l'égalité des libertés et rend possible la justice contractuelle » (4).

Et si le criminel subit un châtement, c'est qu'il l'a voulu : « c'est ma volonté antérieure qui réprime

(1) G. Dereux. *De l'Interprétation des actes juridiques*. Thèse, pp. 313, 314.

(2) Gounot, *op. cit.*, pp. 62, 63.

(3) C'est la doctrine soutenue par Grotius, Pufendorf, Rousseau, Fichte, etc.

(4) C'est ainsi que Fouillée justifie le droit de propriété (*Science sociale*, p 64) qui est pour lui « la liberté fait visible » ; il dit aussi : « Ramenez l'idée de liberté des hauteurs de la métaphysique abstraite sur le domaine de la réalité positive, elle y prendra une forme nouvelle et un nom nouveau : elle s'appellera la propriété. » *L'Idée moderne du droit*, pp. 122 et 123.

ma volonté présente » (1). Ce qui fait dire plus loin à M. Fouillée : « Historiquement, il est incontestable que le régime contractuel tend à dominer de plus en plus dans les sociétés modernes : le droit attache une importance croissante à l'idée de contrat, qui finit par remplir les neuf dixièmes de nos codes et qui un jour y figurera depuis le premier article jusqu'au dernier » (2). Sumner-Maine est du même avis : « Peu de propositions générales relatives au siècle dans lequel nous vivons semblent devoir être plus promptement acceptées que celle-ci : la société de notre temps se distingue principalement de celle des générations précédentes par la grande place qui y occupe le contrat » (3). Et M. Léon Bourgeois l'approuve : « Cette observation de Sumner-Maine est aujourd'hui une vérité reconnue de tous, dit-il. Les historiens du droit ne contestent plus que le progrès des institutions juridiques, publiques ou privées, peut se mesurer avec certitude à la proportion dans laquelle « les arrangements d'autorité » y font place « aux arrangements contractuels ». Le contrat librement discuté et fidèlement exécuté des deux parts, devient la base définitive du droit humain » (4).

(1) Fouillée, *Science sociale*, p. 394.

(2) Fouillée *Science sociale*, p. 327.

(3) *L'ancien droit*, chap. IX, cité par L. Bourgeois, *Solidarité*, p. 60.

(4) Ceci ne doit pas étonner de M. Léon Bourgeois, personnalité marquante parmi celles qui soutiennent la théorie

On comprendra donc les jurisconsultes classiques qui soutiennent des idées comme celles-ci : « la communauté repose sur un contrat tacite, et la dévolution des biens *ab intestat* sur un testament présumé. Aux règles de rapport, on donnera pour fondement unique la volonté du défunt. C'est à la commune intention des parties qu'in vraisemblablement on rattachera tous les effets quelques lointains et imprévus qu'ils soient des actes juridiques ; et les règles légales sur la vente, le louage et les divers contrats ne seront considérés que comme des présomptions de volonté » (1).

Ce qui est encore plus curieux c'est que ces idées sont parfois acceptées par ceux qui combattent pour les autres doctrines et qui cherchent à les substituer à celle de l'autonomie de la volonté : « Là où la nécessité des choses, admet M. Bourgeois, met les hommes en rapport sans que leur volonté préalable ait pu discuter les conditions de l'arrangement à intervenir, la loi qui fixera entre eux ces conditions ne devra être *qu'une interprétation et une représentation de*

de la solidarité sociale et les devoirs qu'elle nous impose puisque sa théorie a deux bases principales : l'individu et l'impossibilité pour lui de ne pas vivre en société. On comprend donc qu'il accepte l'idée d'un quasi-contrat si non d'un contrat social : « Il y a donc pour chaque homme vivant dette envers tous les hommes vivants à raison et dans la mesure des services à lui rendus par l'effort de tous. Cet échange de services est la matière du quasi-contrat d'association qui lie tous les hommes, etc. » *Solidarité*, pp. 60, 63.

(1) Gounot, *op. cit.*, p. 68.

l'accord qui eût dû s'établir préalablement entre eux s'ils avaient pu être également et librement consultés : ce sera donc la présomption de consentement qu'auraient donné leurs volontés égales et libres, qui sera le seul fondement du droit » (1).

Mais à côté des contrats et des quasi-contrats, et le nom de ces derniers indique suffisamment qu'ils ne sont pas inconciliables avec l'idée d'un contrat, il y a aussi comme source d'obligation les délits et les quasi-délits (articles 1382 à 1386 c. c.). Ils ne s'embarrasseront pas pour si peu ! C'est toujours au principe d'un consentement, résultat d'une volonté, qu'ils auront recours. « La vieille théorie des civilistes, héritée du droit romain, dit M. Duguit, range les délits et les quasi-délits parmi les causes d'obligation au même titre que les contrats. C'est toujours la volonté qui engendre l'obligation, la volonté conforme à la loi dans le contrat et le quasi-contrat, la volonté contraire à la loi dans le délit et le quasi-délit ; un rapport de droit subjectif naît entre l'auteur volontaire du délit et la victime du préjudice occasionné par ce délit ; dans le contrat et le quasi-contrat, c'est la volonté d'un fait licite ; dans le délit et le quasi-délit, c'est la volonté d'un fait illicite » (2). « Le véritable esprit du code, approuve M. Demogue, est qu'un acte ne peut forcer ce que j'appellerai la

(1) L. Bourgeois. *Solidarité*, p. 61.

(2) Duguit, *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 221.

sphère de souveraineté de chacun, pour y faire naître un droit ou une dette. Il n'y a de véritables exceptions que pour les délits, mais ceux-ci reposent sur la théorie de la volonté, source d'obligation, théorie elle aussi toute individualiste » (1).

En effet, disent les juristes, de l'article 1370, alinéas 3 et 4, il résulte : 1° Que c'est de l'acte (du fait) même et non de la loi que procède l'obligation dite délictuelle ; 2° que cet acte est volontaire (2). Et c'est par ce moyen simple qu'on a pu ranger les obligations délictuelles parmi « les engagements formés volontairement » (3).

« Et qu'on ne s' imagine pas que ces vues doctrinales ne présentent qu'un intérêt purement théorique... Les juristes n'en tirent pas seulement, en effet, cette importante conséquence, — contre laquelle souvent proteste l'équité, — que les êtres sans volonté comme le fou ou l'infans sont dans tous les cas absolument irresponsables (4) ; on en déduira surtout que l'idée de faute subjective (acte volontaire illicite) est le seul fondement rationnel de la responsabilité civile..., car tout système, quel qu'il soit, de responsabilité objective implique nécessairement qu'on peut être obligé en dehors de sa volonté, en vertu simplement des

(1) Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, p. 482.

(2) V. Aubry et Rau, 4^e édit., t. IV, pages 747 et 754 ; Capitant, *Introduction à l'étude du droit*, f. 208.

(3) Dereux, *op. cit.*, page 315.

(4) Planiol, t. II, 4^e édition, n° 878.

lois naturelles de l'humaine interdépendance et des exigences de la coopération sociale » (1).

C'est là la raison pour laquelle le code, dans sa première rédaction, reconnaissait en toute hypothèse au propriétaire d'un fonds le droit de faire enlever les plantations, constructions et ouvrages faits sur le fonds par un tiers même de bonne foi ; c'était précisément pour qu'il n'y ait jamais pour lui obligation de payer une indemnité sans son consentement (2).

II

Tout engagement libre est juste et partant doit être sanctionné par le droit positif (3)... Nous avons déjà vu les idées des physiocrates là-dessus ; nous savons comment ils trouvaient que les volontés qui contractent n'ont à tenir compte que de leur intérêt personnel, que par là ils se soumettent toujours à la justice naturelle, la meilleure de toutes. « Qui dit contractuel, dit juste » (4). C'est pourquoi tous les partisans de la doctrine classique de l'autonomie de la volonté sont hostiles à toute intervention du législateur pour cause de lésion dans les contrats entre majeurs et jugent

(1) Gounot, *Principe de l'autonomie de la volonté*, pp. 70 et 71.

(2) Planiol, t. I, 4^e édition, n° 2728.

(3) Gounot, *op. cit.*, p. 73 et s.

(4) Fouillée, *Science sociale*, 2^e édition, page 410.

sévèrement l'intervention de la loi pour limiter le taux de l'intérêt. « L'article 1674 et la loi du 3 septembre 1807 (qui fixent le taux de l'intérêt) sont contraires aux vrais principes du droit et de l'économie politique... Il n'y a pas d'autre juste prix que celui dont les parties ont convenu, à moins qu'on ne relève chez l'une d'elle un vice de consentement. Il ne faut donc voir qu'un caprice législatif contraire au droit dans l'article 1674, » qui « est une tâche dans notre code civil » (1). Et comme le rôle de l'Etat moderne, disent-ils, est « d'assurer l'égalité des libertés en les maintenant dans la limite où elles n'empiètent pas l'une sur l'autre » (2) et que « la justice consiste pour l'Etat à protéger le droit individuel, pour les particuliers à le respecter » (3), il s'ensuit que « la liberté humaine échappe à toute limitation, et l'usage qu'on en fait, à toute répression, tant que la liberté d'autrui n'est pas exposée ou atteinte... L'Etat ne peut user de la puissance législative et s'interposer que pour garantir le droit de chacun ; au delà commence pour tous le domaine de la liberté nécessaire » (4).

« C'est là la conception purement *formelle* du

(1) V. A. Jourdan, *Des rapports entre le Droit et l'Economie politique* 1885, ouvrage couronné par l'Institut pp. 74 et 79, cité par Gounot, *op cit* , page 74, en note.

(2) C. Beudant, *Le Droit individuel et l'Etat*, 2^e édition, page 131.

(3) C. Beudant, *op. cit.*, page 98.

(4) Beudant, *op. cit.*, pp. 98-99.

droit. Dans ce système le droit n'a à se préoccuper que de la forme extérieure des rapports humains, il doit simplement s'efforcer d'en assurer la liberté... Tout acte de volonté individuelle a sans doute un contenu : on ne peut vouloir sans vouloir « quelque chose, » « objet de la volonté » (1). D'où leur refus d'admettre l'intervention du législateur pour réglementer et surveiller les rapports entre patrons et ouvriers. Pour la doctrine classique « un patron, c'est un homme, c'est-à-dire une volonté libre ; un ouvrier, c'est aussi un homme, une volonté libre. Or, envisagées *in abstracto*, ces libres volontés sont toujours égales. De leur rencontre ne peut donc naître qu'un accord libre, et donc un accord juste. Toujours justes les conditions de travail consenties, toujours justes les règlements d'atelier, les retenues et les amendes. Toute intervention du législateur serait un abus (2) ». « Un homme vaut un homme » dit à ce propos M. Barthélemy (3). La théorie de l'abus de droit est prise pour une monstruosité.

Quelques économistes qui admettent qu'il y a souvent inégalité entre les contractants s'en tiennent quand même au principe de non intervention de l'Etat. « Il n'y a, dit M. Yves Guyot, d'égalité entre les individus que dans les organismes les

(1) Gounot, *op. cit.*, p. 75.

(2) Gounot, *op. cit.*, p. 78.

(3) Barthélemy. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1906, p. 155.

plus primitifs ; partout, au contraire, où la vie a un certain développement, nous avons des différences, des variétés de forces et d'aptitudes... ce qui fait la force et la supériorité des civilisations supérieures, c'est la variété de nos aptitudes qui se complètent réciproquement... Jamais il n'y a égalité du moment qu'il y a contrat ; il y a toujours une partie qui est plus pressée d'acheter que l'autre de vendre, ou une qui est plus pressée de vendre que l'autre d'acheter ; est-ce qu'entre deux hommes qui vont contracter, entre deux négociants, il n'y en a pas un plus habile que l'autre ? C'est la concurrence, cela, et c'est la condition même de la vie... » (1).

III

A ces deux principes il faut ajouter un troisième qui est leur complément nécessaire. On peut le formuler ainsi : *Nul ne peut modifier les conditions ou les effets d'un contrat valablement formé, sans le consentement unanime de tous ceux qui y ont contribué.* Du moment qu'il n'y a pas d'engagement sans contrat et que tout contrat est juste, pourquoi s'amuser à en changer les conditions au

(1) Yves Guyot. *Les Préjugés socialistes*, conférence faite à Reims le 24 avril 1895, cité par L. Bourgeois, *Solidarité*, pp. 56-66

détriment de l'une des parties nécessairement ? D'ailleurs dans quel but le fera-t-on ? Et en vertu de quel droit ?

En tout cas si l'on admet le contraire, on porterait la plus grande atteinte à la volonté des contractants. En effet, si la doctrine classique admet l'emploi d'une certaine solennité, pour rendre valable la formation de certains contrats (contrat de mariage, de donation ou d'hypothèque, etc.), si elle admet l'intervention du législateur lors de la conclusion de la convention pour imposer aux parties certaines conditions (prêt à intérêt et toutes les lois dites d'ordre public) concernant le fond même du contrat, elle le fait de mauvaise grâce et pour une raison d'intérêt général ; et elle considère que les parties étant averties avant de contracter, l'atteinte portée au principe de l'autonomie est peu grave ; en outre, elle cherche toujours à diminuer le nombre des contrats solennels et à faciliter l'emploi de la solennité. Mais qu'une fois le contrat formé, on veuille en modifier les conditions sous prétexte que l'intérêt général et l'équité l'exigent, que la majorité des contractants le demande, qu'une tierce personne trouve son intérêt à le faire, c'est grave, très grave. Il y en a même des personnes qui vont jusqu'à affirmer que ce serait la négation du principe même de l'autonomie de la volonté, de la liberté des contrats, et de la base naturelle de l'idée classique qu'on a de l'obligation, car les parties ne savent pas et ne peuvent pas même savoir, à quoi ils s'obligent en contractant. Ils ne

peuvent pas même chercher à le deviner puisque la modification pourra résulter (et ce sera dans la majorité des cas) d'un fait postérieur à la conclusion du contrat. Ce serait donc l'inconnu et l'arbitraire, diraient les juristes classiques.

Pourtant dans le code civil lui-même, on a admis un certain nombre d'exceptions dont la plupart existaient déjà chez les Romains ; c'est peut-être la cause pour laquelle elles passent inaperçues. Et depuis le code civil, de nouvelles exceptions ne cessèrent d'être défendues surtout par les sociologues ; quelques-unes mêmes furent reconnues par le législateur ou sont sur le point de l'être. L'étude de quelques-unes de ces exceptions, que les auteurs modernes sont arrivés à faire admettre par le législateur, ou cherchent à le faire, en se basant sur des idées de solidarité ou d'interdépendance sociale, formera la deuxième partie de ce travail.

DEUXIÈME PARTIE

DES MODIFICATIONS DES CONTRATS

Limites de la question. — Pour éviter toute confusion nous remarquons dès maintenant que, quand on parle de modification, on suppose nécessairement que le contrat a été valablement formé à tous les points de vue, c'est-à-dire, que les parties qui ont contribué à sa formation étaient capables et avaient le pouvoir nécessaire de le faire; que leur consentement n'était pas le résultat d'un dol, d'une erreur ou d'une violence; que l'objet du contrat était possible, licite et pas contraire aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public. Il n'existe en un mot, à son encontre aucune cause de nullité ou d'annulabilité. Remarquons aussi que modifier n'est pas éteindre. On suppose donc que le contrat continuera à exister, et alors ou bien il produira tous ses effets entre d'autres que ceux qui l'avaient conclu, ou bien il liera toujours les mêmes personnes sans leur imposer tous ses effets primitifs. Il n'existe, non plus, en un mot, à son encontre, aucune cause de révocation, de résolution ou de résiliation.

En principe, un contrat qui réunit toutes ces conditions, est inattaquable et doit être exécuté par les parties tel qu'il est. C'est ce que nous venons de voir un peu plus haut et c'est ce que décide les articles 1134 et suivants. L'assentiment unanime des parties contractantes, peut seul, en principe, y ajouter ou y soustraire quelque chose.

Il est cependant absolument sûr que le code lui-même admet que le contrat peut être modifié dans certains cas, en face de circonstances imprévues, sans le consentement de tous ceux qui l'ont conclu ; et même dans d'autres cas sans le consentement d'aucun d'eux. Pour que cela puisse avoir lieu il faut se trouver en présence d'un contrat dont l'exécution ne doit pas se réaliser sur le champ ou à brève échéance, autrement l'intervalle ne serait pas suffisant pour produire une situation nouvelle. Aujourd'hui, on tend de plus en plus à admettre de nouvelles exceptions. En effet, le contrat n'est pas une chose respectable en elle-même, parce qu'elle est un accord de volontés, disent les protagonistes des théories de solidarité ou d'interdépendance sociale et de droit objectif. « Le contrat est respectable en fonction de la solidarité humaine..., par cela seul que des personnes ont compté sur un certain état de fait devant résulter d'un contrat passé, il est de l'avantage de tous que cet état se réalise. Mais l'intérêt général à l'exécution d'un contrat peut exceptionnellement se trouver plus faible que cet

autre intérêt général qui ne veut pas qu'un contrat mal adapté aux circonstances nouvelles s'exécute » (1). Au contraire, les pionniers de l'autonomie de la volonté pure trouvent que c'est très regrettable et même dangereux. Nous pensons qu'en tout cas, c'est détruire la sûreté que produit en général le contrat, et qu'il faut, par suite, être très circonspect et n'admettre ces exceptions qu'en cas de nécessité absolue. C'est cette juste mesure que nous voulons essayer de limiter en utilisant les raisons particulières et non pas celles de justice, d'équité et d'ordre public qui ont déterminé le législateur de 1804 à admettre quelques exceptions au principe de l'art. 1134 et qui étaient d'ailleurs, pour la plupart, reconnues par le droit romain. Il est à peine besoin de dire que nous ne perdrons pas de vue les causes et les conséquences de l'intervention de l'Etat dans les contrats privés, durant tout le moyen-âge. Aussi nous commencerons par passer en revue les diverses exceptions admises par le code civil, lui-même, sans trop y insister là-dessus, car toutes ces questions sont étudiées longuement dans tous les traités. Puis nous étudierons d'un peu plus près, quelques-unes des plus intéressantes exceptions qui furent admises durant le siècle dernier ou qui sont sur le point de l'être.

(1) Demogue, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, édit. Larosé, 1907, page 2.

CHAPITRE PREMIER

EXCEPTIONS ADMISES PAR LE CODE CIVIL

- I. *Des contrats qui touchent à l'état des personnes* : Séparation de corps. — Différences d'avec le divorce. — Effets de la séparation. — Loi du 6 février 1893. — Conversion de la séparation en divorce. — Grave atteinte au principe de l'autonomie de la volonté. — Des contrats qui se rapportent au patrimoine.
- II. *Modifications imposées par une seule des parties contractantes* :
- A. Du droit de rétention. — Cas prévus par le Code. — Justification et critique. — Les textes du Code s'appliquent-ils limitativement ? — Cas délicats. — Conditions nécessaires pour l'existence de ce droit. — B. *Des contrats qui ont pour objet une obligation de faire ou de ne pas faire*. — Inexécution du contrat par l'une des parties. — L'autre partie n'aura en principe, droit qu'à des dommages-intérêts. — Théorie des astreintes. — C. *Révocation du gérant d'une Société*. — L'esprit du Code et le droit d'association. — L'article 1856 c. c. — L'associé gérant peut être révoqué malgré son opposition. — Qui peut exiger cette révocation. — D. *Des contrats d'aide et de commandement* — Définition de M. Demogue. — Définition de M. Morin. — Caractères distinctifs. — Contrat d'entreprise. — Variétés. — *Contrat de transport*. — Pouvoir reconnu à l'expéditeur. — L'article 576 c. com. — La convention de Berne du 14 octobre 1890. — *Des devis et marchés*. — Les articles 1793 et 1794 c. c. — Fausse interprétation de M. Demogue. — Cas prévu par l'art. 1793. — Application extensive de ces articles. — Contrats de mandat, de commission et d'édition. — Comment il est plus facile d'admettre la résiliation d'un contrat que sa modification. — La jurisprudence et l'article 2004 c. c. — M. Demogue veut appliquer l'article 1794 au louage d'ouvrage à durée déterminée. — L'esprit de l'article 1780 nouveau ne se concilie pas avec cette opinion. — Moyen pratique d'arriver *en fait* à donner au maître de l'affaire le pouvoir de modifier la convention dans ces contrats. — Pourquoi nous n'admettons

pas l'opinion de M. Demogue ? — Doit-on considérer la rupture du contrat comme plus grave que sa modification ? — Autres cas prévus par le Code.

III. *Modifications que peuvent imposer les tribunaux sur la demande de l'une des parties et malgré l'opposition de l'autre* : Séparations de biens. — Réductibilité des obligations de l'émancipé (article 484, alinéa 2). — Application de cet article au prodigue et au faible d'esprit. — Terme de grâce. — De l'article 1184, alinéa 3.

IV. *Modifications que peut imposer une personne étrangère au contrat* : Divers cas de retrait. — Du retrait litigieux. — Hypothèses où la subrogation légale est permise.

V. *Pourquoi le Code a-t-il admis les exceptions précédentes* : Faute commise par l'une des parties. — Situation particulière et intéressante de l'une des parties. — La modification, qui est dans l'intérêt d'une personne étrangère au contrat, ne nuit aucunement aux parties contractantes. — *Conséquence* : le contrat est respectable grâce au but qu'il veut atteindre.

I

Nous savons comment le code civil fut rédigé avec un esprit modéré et comment il fit un pas en arrière pour rejeter plusieurs idées de la période révolutionnaire. D'ailleurs, la partie concernant les obligations, inspirée par Domat et Pothier, fut copiée presque mot à mot sur ce dernier. Les exceptions qui permettent de modifier un contrat contrairement au principe établi par l'article 1134, y sont nombreuses et variées. Parmi les contrats qui concernent l'état des personnes une seule exception peut être relevée : la séparation de corps. Dans ce cas, le contrat de mariage n'est pas dissout, il subsiste toujours : C'est par cela qu'elle diffère du divorce. Les deux époux restent mariés, mais vivent séparément. Dans l'ancien droit, la femme seule pouvait la demander pour des causes que la

loi ne détermine pas et qu'il laisse à la prudence des juges (1). Généralement, elle invoquait les mauvais traitements et la brutalité du mari. Ce dernier ne pouvait la solliciter qu'en accusant sa femme d'adultère (2). Supprimée par l'assemblée législative, la séparation fut rétablie par le code (art. 306 s.).

Il est curieux de remarquer que le code qui admettait le divorce par consentement mutuel, n'acceptait la séparation de corps que pour une cause déterminée. Il considérait que la rupture du contrat est chose moins grave que sa modification, c'est pourquoi il donnait à la volonté mutuelle, dans le premier cas, une force plus grande que dans le second.

Le contrat de mariage n'étant pas rompu, toutes les obligations qu'il fit naître subsistent, excepté celles qui se rattachent à la vie commune : La femme n'est plus obligée à contribuer aux frais du ménage comme elle y était tenue par les articles 1448, 1537 et 1575. S'il existe entre les époux une communauté de biens, on la remplacerait par le régime de la séparation de biens et le mari perd tous droits de jouissance et d'administration qu'il pouvait avoir sur les biens de sa femme. D'après la jurisprudence, cette séparation est rétroactive et ses effets commencent à se produire dès le jour où la demande en séparation de corps a été for-

(1) Pothier, *Mariage*, N° 508.

(2) — — — 525.

mée (1). La femme devient capable pour faire les actes de simple administration ; pour accomplir un acte de disposition (aliénation, constitution d'hypothèque, etc...) elle devait avoir l'autorisation de son mari et à son défaut de la justice (2). La jurisprudence admettait aussi que la femme pouvait ne plus avoir le même domicile que son mari (3). Enfin d'autres déchéances frappaient l'époux contre lequel la séparation est prononcée (4). C'est ainsi que l'art. 1518 décide qu'il perdra son droit au préciput. La jurisprudence élargit l'application de cette idée et, s'appuyant sur l'art. 299 (il concerne le divorce), elle décide depuis longtemps qu'il perd aussi tous les avantages matrimoniaux (5). La jurisprudence admettait aussi que la garde des enfants peut lui être enlevée (6).

(1) V. Planiol, t. I, 5^e édit, N° 1320.

(2) La loi du 6 Février 1893 (art. 311 nouv. al 3) rend la femme absolument libre de ses actes et dépouille complètement le mari de tous ses pouvoirs. La séparation de corps s'est ainsi rapprochée du divorce dont elle ne diffère plus guère que par l'obligation de fidélité et l'impossibilité de se marier.

(3) La loi du 6 Février 1893, en décide formellement ainsi (art. 108 nouv. al. 2).

(4) La loi du 11 avril 1831 art. 18 fait perdre à la femme tout droit sur la pension militaire ou civile accordée à son mari ; et la loi du 9 Mars 1891 enlève à l'époux survivant contre lequel a été prononcée la séparation, toute prétention à la succession de l'autre époux (art. 767 nouveau).

(5) V. Cassat. 23 Mai 1845. D. 45. I. 225. Troplong. *Donations*, N° 1357.

(6) L'art. 307 nouv. confirme cette jurisprudence.

Si l'on a reconnu à l'une des parties le pouvoir de modifier les effets du contrat de mariage à son avantage et sans l'acceptation de l'autre, c'est que l'on a pensé que ce dernier, étant en faute, n'est pas intéressant et qu'en tout cas il n'a qu'à s'en prendre à lui-même. D'ailleurs l'article 310 ancien lui permettait (sauf dans le cas où la femme a subi la séparation pour son adultère) de modifier cette nouvelle situation sans qu'il puisse invoquer aucune raison à son profit et à l'encontre de l'autre : trois ans après la séparation, il peut demander qu'elle soit transformée en divorce si l'autre époux ne consent pas à reprendre la vie commune. Cet article veut que cette solution, moyenne et précaire et qui lèse fortement l'un des époux, ne puisse pas durer indéfiniment. Pourtant l'atteinte, portée ainsi au principe de l'article 1134, est plus grave que celle de la séparation elle-même puisque, sans aucune raison, on permet à l'une des parties de pouvoir modifier une situation, acquise par suite d'une faute grave commise par elle, et sans qu'elle puisse alléguer contre l'autre partie aucun fait qui puisse justifier cette modification. La nouvelle rédaction de l'article 310 (loi du 6 juin 1908) donne ce droit aux deux époux indistinctement et sur le même pied d'égalité dans tous les cas. Enfin, remarquons que cet article rend tout à fait inutile la séparation de corps qui, n'étant possible que dans les cas où le divorce fut possible, ne fut admise que pour ne pas placer les catholiques entre leur désespoir et leur conscience. En effet, pour-

quoi pouvoir transiger avec l'une ou l'autre dans trois ans et pas aujourd'hui.

Aux contrats concernant le patrimoine, des modifications peuvent être apportées soit par la volonté d'une seule des parties, soit par les tribunaux et à la demande de l'une des parties, soit enfin par une personne étrangère au contrat.

II. — Modifications imposées par une seule des parties contractantes

Les contrats peuvent être modifiés par la volonté d'une seule des parties dans des cas nombreux ; comme exemples nous parlerons : 1^o du droit de rétention ; 2^o des contrats ayant pour objet une obligation de faire ou ne pas faire ; 3^o du contrat de société ; 4^o Des contrats d'aide et de commandement.

A. — Du droit de rétention. Presque tous les cas prévus par le code (1) (articles 1612 et 1613 pour le vendeur ; 1673 pour l'acheteur à réméré ; art. 1749 pour les fermiers ou locataires ; art. 1948 pour le dépositaire ; art. 2102-5^o pour l'auber-

(1) Des lois, non abrogées de la période intermédiaire, reconnaissent aux propriétaires expropriés (loi du 22 nov.-1^{er} décembre 1790, art. 25, pour les détenteurs des biens domaniaux sujets à rachat ; loi du 28 septembre-6 octobre 1791, art. 1^{er} sur l'expropriation pour cause d'utilité publique), d'ailleurs l'art. 545 suppose, le paiement préalable de l'indemnité dans ce dernier cas.

giste et l'hôtelier; art. 2102-6° pour le voiturier) (1) supposent l'existence d'un contrat synallagmatique et sont fondés sur cette idée de l'inexécution de la convention par l'une des parties. Un autre texte (art. 867 pour le cohéritier soumis à rapport) suppose une demande de restitution d'une chose à quelqu'un qui prétend avoir droit à une certaine somme pour impenses faites par lui sur la chose réclamée : *debitum cum re junctum*. Un dernier texte (art. 2082-2° pour le créancier gagiste qui a prêté sans gage une deuxième somme exigible avant la première) reconnaît le droit de rétention dans un cas où aucune des parties n'est en faute, soit en n'acceptant pas d'exécuter un contrat tout en réclamant à l'autre partie de le faire, soit en réclamant la restitution d'une chose sans vouloir payer au détenteur ce dont il a droit à cause des impenses qu'il a faites pour cette chose. Aussi nous trouvons que c'est une violation de la liberté des contrats absolument injustifiée et dont l'abrogation est bien désirable.

Sauf dans ce dernier cas, le législateur a bien fait d'accorder, au nom de la bonne foi et de l'égalité des contractants, à l'une des parties,

(1) En vérité l'art. 2102-5° et 6° parle de privilège et nom de droit de rétention. Nous pensons que ce n'est pas exact, car tout le monde admet que dans les deux cas si le créancier se dessaisit volontairement de la chose réclamée, il perdrait son prétendu privilège. Or un privilège accorde toujours un droit de suite. Ceci nous permet donc de les classer parmi les cas où le droit de rétention est permis.

le droit de modifier les effets prévus par le contrat lorsque l'autre partie l'a violé par sa faute sinon par sa mauvaise foi.

Ceci va nous permettre de répondre à la question suivante : les cas prévus par la loi sont-ils indiqués d'une façon limitative ou bien sont-ils les conséquences d'un principe général, qui accorde le droit de rétention dans tous les cas où l'on se trouve dans une des deux situations, que nous venons d'analyser ? La majorité des auteurs et la jurisprudence admettent qu'il faut reconnaître ce droit toutes les fois qu'il y a corrélation entre la chose retenue et la créance réclamée (1). Toutefois, la jurisprudence refuse de reconnaître le droit de rétention au détenteur de mauvaise foi (Bastia 9 Juillet 1856. D. 58. 2. 262 ; Grenoble 10 Juillet 1860. D. 62. 2. 40). Malgré l'opposition de plusieurs auteurs nous approuvons cette jurisprudence (2). Quelqu'un qui est de mauvaise foi, ne doit jamais pouvoir invoquer la mauvaise foi de l'autre partie pour se créer une situation plus favorable.

Il faut donc admettre que tout acheteur sous

(1) Quelques auteurs exigent outre le *debitum cum re junctum* qu'il y ait un rapport contractuel, qui permette à celui qui invoque le droit de rétention d'avoir la possession de la chose (V. par ex. Aubry et Rau). En réalité l'une des deux causes est suffisante pour accorder le droit de rétention. (V. Planiol, t. II, n° 2527, note 1).

(2) Cette distinction est approuvée par le *Code italien* (art. 706) et par le *Code néerlandais* (art. 630).

condition résolutoire (et non pas seulement l'acheteur à réméré, cas prévu par l'art 1673) a le droit de retenir la chose tant qu'on ne lui ait pas le remboursé le prix ; que tout mandataire ou gérant d'affaire peut refuser la restitution de ce qu'il détient jusqu'au paiement de ce qui lui est dû pour les dépenses qu'il a faites (1) (Orléans 23 Juin 1898. D. 99. 2. 63 ; et Cass 10 Août 1870. D. 71. 1. 40).

C'est ainsi que la jurisprudence reconnaît aussi ce droit aux ouvriers créanciers du prix de leur travail sur la matière première d'un objet à fabriquer ou à réparer (Cassat. 13 Mai 1861 D. 61. 1. 328).

M. Demogue pense, et nous l'approuvons, qu'il faut généraliser et admettre le droit de rétention non seulement lorsque l'une des parties refuse tout paiement, mais encore lorsqu'elle ne veut payer que sous des réserves inacceptables. De même le créancier d'une chose peut refuser à payer le prix, si elle n'est pas livrée ou si le dé-

(1) M. Planiol trouve que ce n'est que l'application du principe : que dans les contrats synallagmatiques, l'exécution doit être simultanée par les deux obligés (t. II, n° 949, 2°), que c'est sur ce principe que sont fondés à la fois et le droit de résolution de l'art. 1184 et le droit de rétention. Il constate que nul texte ne reconnaît formellement ce droit mais il pense que : si l'une des parties a le droit de faire résoudre le contrat pour répéter ce qu'elle a livré, elle a par plus forte raison, le droit de refuser provisoirement l'exécution (t. II, n° 2520).

biteur manque en quelque façon à ses obligations. C'est ainsi que le locataire peut refuser à payer le prix de location lorsque le bailleur ne le met pas en possession de la chose (1).

Cependant la question devient plus délicate lorsque l'une des parties a exécuté déjà une partie de ses obligations. Ainsi supposons que l'immeuble a été délivré au locataire en mauvais état, ou qu'il se détériore et exige des grosses réparations que le propriétaire ne veut pas accomplir. Le locataire peut-il prétendre ne pas payer son loyer tant que ces réparations ne seront pas faites ? Généralement on lui refuse ce droit en disant que la seule voie régulière pour lui est d'intenter une action contre le bailleur pour le contraindre à le faire (Douai, 7 Mai 1856. S. 57. 2. 209). Autrement dit-on, ce serait reconnaître au locataire le droit de se faire justice à soi-même (2). Certains auteurs plus récents et particulièrement M. Demogue lui reconnaissent le droit de ne pas payer les loyers dans notre hypothèse. M. Demogue n'admet pas qu'il soit obligé à ne retenir qu'une certaine somme proportionnelle au manque de jouissance qu'il subit, car, dit-il, le locataire ne fait qu'exercer un droit de rétention ; or tout le monde est d'accord que l'on puisse retenir une chose d'une grande valeur pour une somme peu importante :

(1) Cf. Baudry et Wahl, *Louage* n° 310.

(2) V. Laurent (t. XXV, n° 109) ; Guillouard, *louage* I, n° 101, page 115 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 474, 4^e édit.

« Nous sommes ici, dit-il, selon moi, en face d'une application du droit de rétention. Or dans le droit de rétention, il arrive souvent qu'une personne ait le droit de refuser la livraison d'une chose de grande valeur pour s'assurer le paiement d'une somme relativement minime. Ne peut-on pas refuser au revendiquant la restitution d'un immeuble d'un grand prix en attendant le paiement d'impenses minimales ? Rien par conséquent ne doit étonner si le locataire peut refuser le paiement du loyer pour l'inexécution d'une réparation qui ne coûterait qu'une somme inférieure à un terme de loyer » (1).

La jurisprudence reconnaît généralement au locataire ce droit. La cour suprême a même approuvé un arrêt qui reconnaissait qu'un bail stipulant la résolution de plein droit, faute de paiement du loyer, serait maintenu si le paiement est refusé pour inexécution des réparations, dont le bailleur est tenu (Dijon, 28 déc. 1857, s. 52, 2, 411. Caen, 17 mai 1882 et Cass. 3 janv. 1883, s. 84, 1, 432. Orléans, 20 avril et 8 août 1888, d. 89, 2, 247) ; d'autres arrêts reconnaissent au locataire le droit de retenir sur les loyers la valeur des réparations et valident le refus de payer aucun loyer en attendant (Douai, 24 mars 1847, s. 48, 2, 189. Amiens, 22 décembre 1887 et Cass., 4 février 1889, d. 90, 1, 121).

(1) Demogue, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, pages 7-8.

L'exercice du droit de rétention sur les sommes d'argent étant ainsi reconnu, on acceptera de même qu'une société pourra refuser le paiement d'une part de bénéfice à un associé qui n'a encore réalisé qu'une partie de son apport en nature.

Le principe posé par M. Planiol est donc juste et acceptable. Voici comment M. Demogue le formule : « ... dans un contrat, les obligations ne sont pas indépendantes les unes des autres. Elles se tiennent, non seulement, en ce sens qu'elles sont, en général, soumises à la même prescription, que l'inexécution de l'une permet au créancier lésé d'user de l'action résolutoire de l'art. 1184, mais encore en ce que chacun peut exiger l'exécution simultanée des obligations de l'autre, et, en cas de refus, est temporairement dispensé de collaborer à l'exécution de l'obligation » (1).

(1) M. Demogue nous donne une application intéressante de cette théorie à propos du droit de grève : « Tout ouvrier envers qui le patron manque à certaines obligations, tout patron envers qui des ouvriers violent des engagements librement contractés, nous dit-il, peuvent suspendre l'exécution du contrat jusqu'à ce qu'ils aient obtenu satisfaction : l'ouvrier quitter le chantier ; le patron, fermer l'usine... La grève en pareil cas pourra être déclarée instantanément sans délai de prévenance par tous les ouvriers lorsqu'ils sont atteints... Ensuite la grève ne pourrait ici être considérée comme étant une rupture de contrat, puisque c'est seulement un moyen pour assurer l'exécution du contrat, une pression légitimement exercée par une des parties sur l'autre pour la forcer à faire ce qu'elle doit. » Demogue, *op. cit.*, p. 13-14 ; v. en ce sens la note de M. Wahl (S. 1903, 1, 405) qui va d'ailleurs beaucoup plus loin.

En dehors des contrats synallagmatiques, nous avons vu que le code n'admet qu'un cas (art. 867) où, dans une action réelle, on peut refuser la restitution d'une chose, à une personne qui doit rembourser la valeur de certaines impenses faites sur cette chose. Ce silence n'empêche pas qu'on soit généralement d'accord pour admettre le droit de rétention dans tous les cas semblables, car : « Il ne faut pas se lasser, nous dit M. Planiol, de répéter que les anciennes théories prétoriennes de l'action de dol et de l'exception de dol dominent encore les législations latines... ; on peut dire qu'en France toutes les actions sont de bonne foi » (1). Aussi admet-on l'existence du droit de rétention dans plusieurs autres cas, et notamment :

a)— Au profit de l'acquéreur dont le titre est annulé, qui est considéré comme n'ayant jamais été propriétaire de la chose revendiquée contre lui.

b)— Au profit du mari, relativement aux biens dotaux, pour les impenses qu'il a pu faire sur eux et, dont il est tenu de restituer lors de la dissolution du mariage.

c)— Au profit du possesseur de bonne foi quand il est évincé par la revendication du propriétaire, parce qu'il possède sans titre ou qu'il ait acquis d'un non propriétaire, pour la restitution des impenses qui lui sont dues conformément à l'art. 555. Nous avons vu que la jurisprudence ne va pas plus loin ; que M. Planiol

(1) Planiol, t. II, n° 2523.

et la majorité des auteurs reconnaissent ce droit même au possesseur de mauvaise foi ; et nous avons vu pourquoi nous approuvons la solution jurisprudentielle qui malgré tout est équitable et logique. d) — Au profit de l'usufruitier, dans la mesure où il a droit à des restitutions, pour ses impenses. En effet, d'après les principes généraux, il doit supporter les dépenses d'entretien ; l'article 599 lui enlève le droit d'une réclamation pour les améliorations qu'il a faites et cela pour une double raison (1) : 1° On a voulu étouffer des contestations qui ne manqueraient pas de naître, car les améliorations que l'usufruitier prétendrait avoir faites ne seraient pas toujours évidentes ; 2° La solution contraire aurait pour résultat de grever le propriétaire des restitutions parfois onéreuses, et cela pour des travaux qu'il n'aurait peut-être jamais songé à exécuter lui-même. Mais cet article ne parle pas de grosses réparations, qui sont des dépenses nécessaires, faites pour la conservation de la chose (2). Aussi, on lui reconnaît généralement le droit de les réclamer (3), et c'est à leur occasion qu'il pourra exercer le droit

(1) D'après le discours du tribun Gary au Corps législatif, cité par Planiol, t. I, n° 2868.

(2) V. Pothier, Traité du *douaire*, n° 276

(3) La jurisprudence belge se prononce en sens contraire et refuse toute action à l'usufruitier, même à raison d'impenses nécessaires (Bruxelles, 22 décembre 1881, Pasirisie, 1882, 2, 171, cité par Planiol, t. I, page 936, en note 1.)

de rétention. Nous ne nous occuperons pas des constructions neuves pour lesquelles la jurisprudence refuse tout recours à l'usufruitier (cassat. 4 novembre 1885, d. 86, 1, 361 ; il s'agissait de constructions évaluées à 256.000 francs et que le propriétaire a fini par garder sans rien payer). Cette jurisprudence est-elle critiquable ou non ? Cela ne nous regarde pas puisque même les auteurs qui lui reconnaissent un recours l'assimilent à un possesseur de mauvaise foi (1) auquel, on vient de le voir, nous refusons le droit de rétention. e) — Au profit de l'héritier apparent évincé par la pétition d'hérédité. f) — Au profit du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, évincé par les créanciers hypothécaires. La jurisprudence lui refuse ce droit (cassat. 14 novemb. 1881, d. 82, 1, 168), mais elle lui permet de prélever ses impenses sur le prix de l'immeuble, ce qui est une garantie encore plus sûre.

B. — *Des contrats ayant pour objet une obligation de faire ou de ne pas faire.* Ordinairement les obligations doivent s'exécuter d'après la convention et selon les conditions établies par les parties elles-mêmes. Cependant, il n'est pas tou-

(1) La jurisprudence belge admet cette opinion, ce qui est plus équitable, et décide que c'est l'art. 555 qui doit être appliqué et non l'art. 599 (Bruxelles, 2 juin 1862, Pasirisie belge, 1863-2-283 ; Cassat. de Belgique, 27 janvier 1887. D. 88-2-256 ; cités par Planiol, t. I, n° 2870.)

jours possible de donner une satisfaction effective au créancier, en lui procurant l'exécution réelle de son droit, au moyen d'une contrainte exercée contre le débiteur. C'est ainsi que ce dernier peut, en refusant d'exécuter une obligation qui a pour objet un travail ou un ouvrage à faire ou à ne pas faire, rendre parfois l'exécution impossible. Comment l'obliger à exécuter son obligation sans violer sa liberté individuelle ? D'ailleurs, si on arrive à le faire, le résultat serait presque toujours défectueux. Il va sans dire que si l'on peut faire exécuter le travail par une autre personne, ou si l'on peut rétablir la situation antérieure, la loi permet volontiers de le faire (art. 1143 et 1144). Mais même dans ces cas, où le résultat définitif est celui que visait le contrat lui-même, il y a une modification au contrat apportée par la volonté d'une seule partie, celle de débiteur. La modification devient plus importante lorsque l'obligation de faire a un caractère personnel (portrait à faire par un peintre, par exemple) ; ou lorsqu'il est impossible de mettre les choses comme elles étaient avant l'accomplissement de l'acte prohibé par la convention ; cette dernière hypothèse est beaucoup plus rare que l'autre, on en trouve pourtant de nombreux exemples (divulgarion d'une lettre confidentielle, vente d'une chose mobilière qu'on a en dépôt, sans l'assentiment du propriétaire, à une personne de bonne foi, etc...). Dans tous ces cas, le créancier ne pourra prétendre qu'à des dommages-intérêts, ce qui peut ne pas avoir pour lui la même valeur

que l'exécution de l'obligation. Voilà un millionnaire qui veut faire faire son portrait par un grand artiste qui finit par lui refuser l'exécution du contrat; il sera condamné à des dommages-intérêts sans aucune utilité pour le créancier qui ne poursuivait pas un gain, au contraire. De même, un dépositaire qui vend un souvenir de famille d'une valeur insignifiante, sera condamné à des dommages-intérêts qui ne pourront jamais remplacer la chose déposée qui avait une valeur relative aux yeux du déposant. Dans ces cas, on ne peut rien faire pour le créancier. Au contraire, pour les obligations de faire, la jurisprudence arrive généralement à bout de la résistance du débiteur, grâce à sa théorie des astreintes. Par la menace d'une peine considérable, qui peut grossir indéfiniment, la jurisprudence a organisé, en dehors des prévisions de la loi, un moyen nouveau et très énergique de vaincre la résistance de ce débiteur récalcitrant. Cette jurisprudence essaye donc de rétablir une situation admise par les parties et que l'une d'elle cherchait à modifier (à son avantage nécessairement) par l'autorité de sa seule volonté! (1).

(1) Cette jurisprudence est combattue par presque tous les auteurs comme arbitraire (Demolombe, t. XXIV, n° 494; Aubry et Rau, t. IV, § 299, p. 41; Huc, t. VII, n° 136 et 145, etc.). Au contraire, M. Planiol l'approuve et considère qu'elle trouve un appui indirect dans l'art. 1036 Code proc. civ. qui permet aux juges de prononcer des injonctions, et qui doit naturellement leur donner le

C. — *De la révocation du gérant d'une société.*

Nous avons vu comment la révolution, dans son amour pour l'indépendance individuelle, a employé tous les moyens possibles pour combattre l'esprit d'association ; mais il lui a fallu admettre que dans quelques cas il est nécessaire et utile de s'associer. Les codes à base individualiste ne pouvaient pas procéder autrement. Aussi, le Code pénal vient limiter la liberté accordée par le Code civil.

Ceci concerne la formation, mais le code permet-il la modification de ce contrat (sans aller à ce remède radical qu'est la dissolution) par la volonté d'un associé ou de quelques-uns seulement ? A première vue il semble que non ; et pourtant à voir de près l'article 1856, on trouvera que ce texte prévoit un cas intéressant. Il nous dit que l'associé désigné comme gérant par les statuts peut être révoqué pour cause légitime tant que la société dure. Mais qui va demander et obtenir cette révocation ? Ce n'est pas tous les associés sûrement, car il est probable que, dans la plupart des cas, l'associé gérant ne va pas s'accuser lui-même de fautes qui peuvent lui entraîner certaines responsabilités. Le même article nous dit que si le gérant a été désigné par un acte postérieur et

moyen de se faire obéir (V. Planiol, t. II, n° 210). Nous partageons cette opinion, rien que pour ses résultats équitables, mais nous pensons en plus qu'ayant pour but de rétablir l'équilibre du contrat elle est conforme aux principes généraux du Code civil qui proclament l'égalité des parties contractantes.

non par les statuts il pourra être révoqué comme un simple mandataire. Là, outre l'exception dérivant de la nature du mandat et que nous verrons tout-à-l'heure, il y a une autre exception à relever. En effet, une nuance existe entre ce mandat et un mandat ordinaire. C'est qu'ici le mandataire est en même temps un des mandants, et alors en permettant sa révocation contre sa volonté, on se trouvera en présence d'un mandat révoqué sans l'assentiment de tous les mandants. Il y a même plus pour beaucoup d'auteurs qui admettent qu'un seul associé peut réclamer cette révocation dans les cas que nous venons d'indiquer (1). En tout cas, que la révocation soit permise quand elle est réclamée par l'unanimité des associés moins le gérant, par leur majorité (2) ou par un seul d'eux, le résultat à notre point de vue est le même. Il varie en intensité et voilà tout.

D. — *Des contrats d'aide et de commandement.* Ce sont ceux, nous dit M. Demogue, par lesquels une personne en engage une autre pour l'exécution d'un travail où certaines conditions de capacité technique, d'habileté commerciale ou même simplement de résidence, qu'elle-même ne remplit pas, sont nécessaires (3). Une autre défi-

(1) Pont, *Société*, n° 511 ; Planiol, t. II, n° 1960.

(2) V. Aubry et Rau, IV, p. 562 ; Laurent XXVI, n° 306 ; Guillouard, n° 135.

(3) Demogue, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, page 20.

nition plus générale et qui montre bien le trait caractéristique de ces contrats nous est donnée par M. Morin : Ce sont ceux, dit-il, qui, à raison de leur but même, impliquent une certaine subordination de l'une des parties à l'autre (1). Dans ces contrats, il n'y a pas et on ne peut y avoir égalité entre les parties. Il y en a une qui, dirigeant l'activité de l'autre, dans un but déterminé, veut, sans imposer à l'autre un travail différent, une diminution du prix ou une aggravation des charges, modifier les conditions d'exécution du contrat ou même le résoudre par sa seule volonté. La nécessité de cette modification résultera en fait, de circonstances imprévues ou insoupçonnées de celui qui a la haute main sur l'autre. Pendant que le travail s'exécute des modifications diverses peuvent se présenter à l'esprit du maître de l'affaire qui voudra avoir le droit de demander que l'on en tienne compte. Ces contrats ne supposent donc pas une exécution immédiate ou dans un bref délai, autrement un changement de circonstances demandant une modification de la convention ne se conçoit plus ; l'événement nouveau doit se produire avant la complète exécution des prestations dues. En effet, l'exécution totale éteint le contrat et on ne pourrait plus songer à le modifier.

Ces contrats doivent donc avoir une durée

(1) Morin, *Cours de droit civil approfondi*, 1911-1912.

assez longue pour qu'on puisse admettre leur adaptation aux circonstances nouvelles qui se produiront. Mais a-t-il vraiment ce droit ? Voyons quelques-uns de ces contrats où tout le monde est d'accord sinon pour dire que le code lui-même permet à l'une des parties de modifier le contrat sans s'occuper de l'opinion de l'autre partie, du moins, pour trouver dans le code des moyens indirects pour y arriver :

a) *Contrat d'entreprise*. Deux variétés de convention peuvent être englobées sous cette dénomination : 1^o le contrat de transport et 2^o les devis et marchés. Cette seconde catégorie porte généralement le nom de contrat d'entreprise pris naturellement dans un sens plus restreint que celui indiqué plus haut (1).

L'expéditeur d'une marchandise peut changer d'idée après la conclusion du contrat. Il peut donc donner à la marchandise qui est en cours de route une autre destination, indiquer un autre destinataire, transformer en expédition de grande vitesse une expédition de petite vitesse (2). Mais

(1) Remarquons que le Code fait de ces deux sortes de contrat avec le contrat de louage de services, trois espèces du louage d'ouvrage, ce qui n'est pas exact. Les deux premiers forment une catégorie à part où le prix est calculé d'après l'importance du travail. Dans le troisième, le prix est calculé d'après le temps que prend le travail (V. Planiol, t. II, n^{os} 1831, 1897 et 1901).

(2) V. Lyon-Caen et Renault, t. III, n^o 584, page 463.

en tout cas il devra payer le prix entier du transport commandé (1). Pas de texte dans le code civil, mais l'article 576 du code de commerce qui lui reconnaît le droit de reprendre les marchandises en cours de route est en harmonie avec cette faculté que nous lui reconnaissons de changer la destination ou le destinataire (2). La seule question discutée est celle de savoir si ce droit ne passe pas au destinataire, du moins à partir du moment où il aura reçu le récépissé; d'ailleurs que ce soit l'un ou l'autre, la modification pourra avoir lieu et c'est ce qui nous intéresse. La jurisprudence est unanime à reconnaître ce droit à l'expéditeur. « La Compagnie mandataire de l'expéditeur doit se conformer aux ordres de celui-ci et spécialement, elle ne peut remettre la marchandise au destinataire lorsqu'il est constant que l'expéditeur lui en a fait la défense » (3).

En effet, du moment que l'expéditeur ne cause aucun dommage à l'autre partie, pourquoi lui refuser le droit de changer d'avis au cours de l'expédition, et du moment qu'il n'y a aucun intérêt au voiturier à refuser cette modification ne serait-il pas de mauvaise foi s'il s'obstine à

(1) Cass. 16 juin 1879. S. 79. 1. 378.

(2) La convention de Berne du 14 octobre 1890 a consacré ce droit de l'expéditeur au point de vue international (art. 15 et 24); V. Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 862 *bis*; et trib. comm. Seine 17 juin 1897. Clunet 1898, page 770.

(3) Cassat. 15 novembre 1893. D. 94. 1. 273.

demander l'exécution du contrat d'après sa lettre et sans aucune utilité pour les parties contractantes?

Aussi tous les codes récents consacrent l'opinion des auteurs et de la jurisprudence française sur ce point. C'est ainsi que l'art. 453 du code Suisse dit que l'expéditeur a le droit de retirer la marchandise tant qu'elle est entre les mains du voiturier, en l'indemnisant de ses débours et du préjudice que lui cause ce retrait. L'art. 433, du code de commerce allemand dit : « que l'envoyeur peut ordonner de garder la marchandise, de la renvoyer, de la livrer à un tiers autre que le destinataire » (1).

Pour le *contrat d'entreprise*, pris dans un sens restreint (art. 1787 et s.), on permet qu'il puisse être éteint par la seule volonté du maître (art. 1794). Il est vrai que cet article ne parle que des constructions et des contrats à forfait, mais tout le monde (2) est d'accord pour l'interpréter d'une façon extensive et pour l'appliquer aux autres contrats d'entreprise même à ceux qui ne sont pas faits à forfait. Mais aucun texte ne permet au maître d'y apporter seulement des modifications sans l'assentiment de l'autre partie. Pourtant M. Demogue, croit pouvoir affirmer que « ces

(1) Le Code du commerce hongrois admet aussi ces résolutions (art. 404 et 406) ; v. Demogue, *op. cit.*, p. 27.

(2) V. Aubry et Rau, t. II, § 374, p. 528, texte et note 2 ; Guillouard, *louage*, t. II, n° 805. Laurent, t. XXVI, n° 19 et Cassat. 5 janvier 1897. D. 97-1-89.

textes (1793 et 1794) montrent nettement que celui qui commande les travaux peut les faire modifier, par sa seule volonté, sans que les augmentations et leurs prix aient été l'objet d'une convention ». (1) Or nous avons vu que l'article 1794 parle de résiliation. L'article 1793 parle des conditions dans lesquelles, l'entrepreneur peut, en modifiant un plan arrêté, demander une augmentation de prix, mais il ne permet pas du tout au maître d'apporter des modifications au contrat par sa seule volonté (2). Et si l'art. 1793 est une exception au principe de l'autonomie de la volonté, ce n'est pas parce qu'il accorde, à l'une seulement des parties, le pouvoir de modifier le contrat, mais parce qu'il exige, pour respecter la volonté commune des parties, de modifier les conditions du contrat, un écrit constatant les changements à apporter au plan primitif et le prix convenu pour cette augmentation. Cette rigueur de la loi a pour but d'empêcher une surprise dont les propriétaires étaient fréquemment victimes : après avoir traité avec eux à forfait, on leur proposait des changements sans annoncer une élévation de la dépense, et le travail terminé on leur demandait une différence qui peut ne pas égaler à leurs yeux l'avantage qu'ils ont tiré de la modification. Naturellement, il arrive souvent que le maître

(1) Demogue, *op. cit.*, p. 22.

(2) V. Morin, *Evolution de la théorie du contrat depuis le Code civil*, cours de droit civil approfondi (1911-1912).

obtient de faire changer une porte, de modifier les dimensions d'une ouverture ou d'une pièce dans une maison, mais ce sont des modifications sans importance qui ne donnent lieu à aucune augmentation de prix et que l'entrepreneur *consent* à faire dans son intérêt propre pour ménager un client ou pour ne pas avoir la réputation d'être intraitable. Mais de là à dire qu'on puisse les lui imposer, il y a loin. Pour les modifications assez importantes, le texte donne, d'une façon formelle, une solution absolument contraire à celle que veut en tirer M. Demogue, puisqu'il exige un contrat pour permettre n'importe quelle augmentation de prix ; or qui dit convention, dit accord des volontés. De toute façon, l'interprétation de M. Demogue est donc inacceptable et contraire au texte de la loi.

M. Demogue applique, par analogie, l'interprétation qu'il donne de l'article 1793 au contrat de louage de travail qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée (1). Pour nous les mêmes réserves indiquées plus haut s'imposent encore ici. Il va de soi que des ouvriers engagés pour construire un mur ne vont pas s'amuser à refuser de le faire un peu plus haut ou plus épais si cela convient au maître qui les a engagés ; mais ils le feront de leur consentement et dans l'intérêt qu'ils ont d'être en bons rapports avec celui qui les a engagés, surtout qu'ils n'auront à supporter aucun dom-

(1) V. Demogue, *op. cit.*, p. 25.

mage. Mais supposons que l'un d'eux se soit engagé pour un autre travail et n'ait plus le temps nécessaire pour accomplir le petit effort qu'on lui demande (ou même ne veuille pas le faire par simple fantaisie et sans se soucier du tort que cela pourrait lui causer) ; qui oserait dire qu'on pourrait l'obliger, d'après les lois actuelles, à travailler ? Et de quelle foudre pourrait-on le menacer pour le contraindre à le faire ?

Les mêmes principes s'appliquent aux contrats de mandat, de commission ou d'édition. M. Demogue reconnaît au mandant, au commettant et à l'auteur le droit d'obliger le mandataire, le commissionnaire ou l'éditeur à modifier la manière d'exécuter le contrat primitif, du moment que le contrat ne sera pas totalement changé. Nous, au contraire et en principe, ne reconnaissons comme moyen direct pour arriver à cette modification que l'accord des deux parties. Cependant, dans la plupart des cas, on trouvera un moyen indirect qui permettra de faire accepter les modifications proposées par le maître de l'affaire. Dans quelques-uns de ces contrats, on reconnaît généralement au maître le droit de résiliation à condition de dédommager l'autre partie des frais qu'elle a faits et du gain qu'elle aurait réalisé si le contrat avait été complètement exécuté (art. 1794 pour le contrat d'entreprise et art. 576 Code comm. pour le contrat de transport). Dans d'autres, ce droit existe au profit de chacune des deux parties (art. 1780 nouv. pour

le louage de travail à durée indéterminée et 2003, 2004 et 2007 pour le mandat [1]).

La jurisprudence reconnaît le même droit à l'auteur dans le contrat d'édition (Trib. de la Seine, 28 août 1868).

Enfin M. Demogue veut reconnaître ce droit au

(1) Pourtant la jurisprudence, suivi par presque tous les auteurs, exige le consentement des deux parties pour résilier un mandat fait dans l'intérêt du mandant et du mandataire ou de ce dernier seulement (Amiens, 28 janvier 1892. D. 93 2-158; Bordeaux, 27 avril 1885, D. 86-2-263; Cassat. 13 mai 1885, D. 85-1-350; Cassat. 6 janvier 1873, S. 73-1-24; Planiol, t. II, n° 2257 et note 2, p. 719; Guilouard, *Mandat*, n° 216). M. Demogue combat énergiquement cette solution. Il trouve qu'elle est fausse et contraire à l'art. 2004, « qu'elle va à l'encontre des nécessités pratiques. J'ai donné, dit-il, un mandat qui est à la fois dans mon intérêt et dans celui du mandataire. Je ne pourrais pas le révoquer quand même je ne voudrais plus passer l'acte... Que devient l'idée des rédacteurs du Code : « le mandant n'aliène ni à perpétuité, ni à temps l'exercice de ses droits, » si une révocation peut être jugée impossible. La solution admise par les auteurs est elle-même si peu satisfaisante qu'après l'avoir énoncée, ils ajoutent que l'on peut librement révoquer le mandataire salarié. Ainsi donc le contrat de mandat salarié n'est que dans l'intérêt exclusif du mandant ! Comment défendre une pareille affirmation... Nous aboutissons donc à une théorie beaucoup plus simple : au lieu d'avoir des mandats tantôt irrévocables, tantôt révocables avec ou sans dommages-intérêts, nous admettons que tout mandat est révocable, moyennant dommages-intérêts s'il y a lieu. » (V. Demogue, *op. cit.*, p. 28 et 29); nous croyons qu'il est dans le vrai et que son opinion se concilie très bien avec le texte de l'art. 2004.

patron dans le contrat de travail à durée déterminée pour les mêmes raisons qu'on invoque dans le cas de l'art. 1794 et sous les mêmes conditions.

« Dans le contrat de louage à durée déterminée, nous dit-il, le patron pourra donc renvoyer son ouvrier quand il lui plaira : s'il renonce par exemple au travail pour lequel il l'a engagé. Concevrait-on, en effet, l'ouvrier disant au patron : après réflexion, vous renoncez au travail pour lequel vous m'avez engagé, mais j'ai le droit de l'exécuter, de continuer à le faire, bien qu'il ne vous convienne pas ? Poser une pareille question, c'est la résoudre... La solution que nous proposons ne présente d'ailleurs aucun inconvénient pour l'ouvrier, puisqu'il aura droit alors à une indemnité représentant « *tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entreprise* ». Il pourra donc ne pas simplement obtenir l'indemnité représentant le délai de prévenance.... D'un autre côté, nous aboutissons à plus de logique. L'ouvrier engagé à temps peut se refuser à tenir son engagement et on ne peut pas l'y contraindre par force (1)... C'est ce qui explique que les auteurs n'osent pas affirmer franchement que le louage à durée déterminée ne peut être rompu par le patron, mais qu'ils disent simplement qu'il ne peut l'être sans dommages-intérêts » (2). Cette solution nous paraît satisfaisante dans ses résultats pratiques, elle fut

(1) Demogue, *op. cit.*, p. 24 et 25.

(2) V. Baudry et Wahl, *louage*, II, n° 1462.

admise quelquefois par la jurisprudence (1), mais il nous paraît qu'elle est en contradiction avec l'esprit de l'article 1780 nouveau, duquel il semble résulter, par à *contrario*, que pour résilier le contrat du travail à durée déterminée il est nécessaire d'avoir le consentement des deux parties (2).

Ce droit de résiliation étant ainsi reconnu, dans tous ces contrats, au profit de la personne qui commande, c'est-à-dire, du maître, celui-ci n'aura qu'à menacer l'autre partie de recourir à ce moyen si elle ne veut pas consentir à la modification proposée. Il est vrai qu'ordinairement la résiliation n'est prononcée qu'à condition de dédommager l'autre partie, même pour le gain qu'elle manquera de réaliser, mais ceci n'aura lieu que lorsque la résiliation n'a pas pour cause la mauvaise foi dont elle veut user à l'égard de l'autre partie dans l'exécution du contrat. Or, peut-elle soutenir que son refus de modifier le contrat n'est pas une preuve suffisante de sa mauvaise foi lorsque la modification qu'on lui demande d'accepter, ne lui coûtera rien de plus que ce qu'elle a promis dans la convention (3), et que l'autre partie la réclame, en vue d'obtenir un avantage plus grand,

(1) V. Rennes, 14 janvier 1895, S. 96-2-16.

(2) Planiol, t. II, n° 1883.

(3) Remarquons que s'il y a changement, ce ne serait que dans son intérêt, car un commerçant qui imposerait à son commissionnaire de vendre plus cher, lui paierait une commission plus grande.

ou d'éviter une perte, par suite d'un nouveau fait ou d'une nouvelle situation qu'il ne lui était pas possible de prévoir ? Et alors, si par suite de son refus, elle va voir la convention résiliée sans pouvoir en tirer aucun profit, son intérêt actuel et immédiat ajouté à son intérêt éventuel, lui imposera l'acceptation de cette modification. On voit que cette solution diffère de celle que la jurisprudence et les auteurs acceptent pour quelques cas et que M. Demogue voudrait généraliser et adopter pour tous les autres cas semblables. Ceci résulte de ce qu'il considère la résiliation d'un contrat comme une application du droit de le modifier : « C'est d'ailleurs, en usant de cette faculté de changer la destination des colis ou le destinataire, nous dit-il à propos du contrat de transport, que le vendeur de marchandises peut pratiquement user du droit de reprendre les marchandises en cours de route que lui reconnaît l'article 576 du Code de commerce » (1).

C'est ainsi aussi qu'après avoir parlé du droit qu'a le mandant de modifier le mandat, il conclut que : « C'est en vertu de ces mêmes idées que les articles 2003 et 2004 indiquent et précisent le droit pour le mandant de révoquer sa procuration quand bon lui semble » (2). Pour lui, la modification est moins grave que la résiliation

(1) V. Demogue, *op. cit.*, p. 26.

(2) V. Demogue, *op. cit.*, p. 27.

et alors du moment que l'on admet que cette dernière puisse se produire par la volonté de l'une des parties, on est obligé, à *fortiori*, de lui reconnaître le droit de modification. Au contraire, nous considérons que résilier un contrat est moins grave que de le modifier sans le consentement des deux parties. En effet, dans le premier cas, on permet à une partie de se soustraire à l'exécution d'un contrat, et dans le second cas, on lui accorde en plus le droit d'imposer à l'autre partie de nouvelles conditions. Nous n'oublions pas que les idées nouvelles sur le but social du contrat sont en harmonie parfaite avec les solutions préconisées par M. Demogue, nous trouvons même qu'elles sont respectables et qu'on doit, sans excès, y tenir compte; mais cela n'empêche pas l'esprit du Code d'être autre que celui que semble vouloir lui attribuer M. Demogue (1).

(1) Le Code a prévu d'autres cas où l'une des parties peut modifier le contrat sans le consentement de l'autre. (Novation, subrogation conventionnelle, société dont la durée est indéterminée, en cas de lésion de plus de $\frac{7}{12}$, par application de la règle en fait de meuble, possession vaut titre, etc...) Ces institutions sont étudiées dans tous les manuels, et nous trouvons qu'elles ne présentent aucun intérêt spécial à notre point de vue.

III — Modifications que peuvent imposer les tribunaux sur la demande de l'une des parties et malgré l'opposition de l'autre.

Dans divers cas, le Code civil a permis à l'une des parties de s'adresser aux tribunaux pour solliciter leur protection et pour ne pas rendre cette protection illusoire ou illégale, il a déterminé les cas d'intervention soit pour différer l'exécution d'un contrat, soit pour en modifier les conditions ou pour en limiter les effets. C'est ainsi que nous avons vu que la séparation de corps entraîne de plein droit la séparation de biens. En outre, cette séparation peut former l'objet d'une demande principale et sans demander la séparation de corps (art. 1443). Pour l'obtenir, il faut que la dot de la femme soit mise en péril ou que le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que ses biens ne soient point suffisants pour garantir les reprises de la femme. Le Code n'a rien innové ; en effet, le droit romain avait déjà prévu le cas où la situation du mari permet à la femme de réclamer la restitution anticipée de sa dot pendant le mariage « *propter inopiam mariti* » (1). Il nous suffit de

(1) Dig. liv. XXIV, titre 3, frag. 24 ; Code, livre V, titre 12, loi 29 ; nov. 97, chap. VI, cité par Planiol, t. III, n° 1161.

remarquer que cette séparation ne peut résulter que d'un jugement rendu sur la demande de la femme, que ce jugement substitue un régime nouveau au régime matrimonial prévu par le contrat de mariage et qu'il modifie la situation des époux soit vis-à-vis l'un de l'autre, soit vis-à-vis des tiers qui auraient eu des rapports avec eux.

De même, le Code (art 484, § 2) permet aux tribunaux de venir au secours de l'émancipé pour réduire ses obligations en cas d'excès. On suppose naturellement que le mineur émancipé n'a pas dépassé les limites de sa capacité. « Sans dépasser en droit les limites de sa capacité, il peut dépasser en fait le chiffre de ses revenus, se grever d'obligations trop lourdes et finalement se ruiner » (1). Ces opérations ne sont pas nulles en elles-mêmes ; elles sont valables au fond et la justice ne fait que les reviser pour les réduire d'une façon raisonnable (2). En tout cas, la loi suppose que l'émancipé sera obligé à payer le tout si l'on ne vient pas à son aide. Cette menace de réduction rend le crédit de l'émancipé très précaire et ceci malgré que l'article conseille aux tribunaux la modération et la prise en considération de la for-

(1) V. Planiol, t. I, n° 2005.

(2) Cependant la chambre des requêtes a jugé à deux reprises que la réduction autorisée par l'art. 484 pouvait s'appliquer à toute obligation souscrite par le mineur, même à celles qui excèdent les limites de la pure administration (Cassat. 29 juin 1857. D. 58-1-33 ; Cass. 21 août 1882. D. 83-4-339. V. Planiol, t. I, p. 639, en note 1)

tune du mineur, de la bonne ou mauvaise foi des personnes qui auront traité avec lui, de l'utilité ou l'inutilité des dépenses (1). Aussi la loi considérant, sans doute, que le crédit est l'âme du commerce, le traite comme majeur lorsqu'il exerce un commerce et lui enlève ainsi cette protection qui l'aurait gêné considérablement (2) (art. 487 C. c.). Un autre texte (art. 485) empêchera le mineur émancipé d'abuser de la demande de cette protection ; en effet, ce texte décide qu'en cas de réduction des obligations du mineur, celui-ci peut être privé du bénéfice de l'émancipation ; ceci décidera le mineur, pour conserver sa liberté, à ne demander cette réduction que dans des cas vraiment graves (3). Remarquons que l'émancipé

(1) Cependant les tribunaux vont jusqu'à admettre que la réduction peut être totale de façon à décharger complètement le mineur. (Cass. 10 févr. 1890. D. 91-1-292), La Cour reconnaît que cette réduction totale équivaut à une annulation ; et elle apporte ainsi un correctif à la décision de la jurisprudence qui valide les achats d'immeubles par des émancipés. (V. Planiol, t. I, n° 2002-10 et 2008).

(2) Ce surcroît de capacité qui résulte du choix de cette profession et qui met en danger l'émancipé en lui enlevant toute protection, a décidé le législateur à décider de ne lui permettre d'être commerçant que sous l'autorisation des parents ou du conseil de famille.

(3) Aussi quelques auteurs pour déjouer cette manœuvre ont voulu accorder l'action en réduction à d'autres qu'à l'émancipé ; mais les principes généraux ne permettent pas d'accepter leur opinion ; l'action en réduction étant établi dans l'intérêt exclusif de l'émancipé, ne peut être exercée par d'autres personnes, sans texte.

ne pourra pas réclamer cette protection s'il a usé de dol envers la personne qui a contracté avec lui. Dans ce cas, il doit supporter les conséquences de son dol et exécuter la convention dans son entier. Remarquons enfin, que la jurisprudence admet que les obligations du faible d'esprit ou du prodigue sont réductibles dans la mesure que nous venons d'indiquer pour le mineur émancipé. Dans les cas qui précèdent, la loi permet l'intervention des tribunaux pour modifier le contrat afin de protéger une personne soit contre les imprudences et les fautes que commet une autre en gérant ses affaires, soit pour la protéger contre elle-même, contre ses entraînements, ses imprudences, ou son inexpérience.

Voyons maintenant une situation où la justice peut intervenir par humanité seulement, ce qui fait que son pouvoir est moins important que dans les autres cas : elle ne peut que différer l'exécution du contrat sans toucher à son contenu, mais elle peut permettre de l'exécuter en plusieurs fois (1). Nous voulons parler du terme de grâce qui est un moyen de venir en aide à un débiteur gêné et de bonne

(1) L'art. 1244 parle *des délais modérés* pour le paiement ; ce pluriel ne s'explique que si les juges peuvent accorder des termes successifs qui impliquent la division du paiement. (Cass. 20 décembre 1842. S. 43-1-223) ; en outre l'alinéa 2 qui tolère le terme de grâce commence par « Néanmoins » mot qui veut dire que ce qui va suivre est une exception à ce qui précède ; or, l'alinéa 1 décide que le paiement doit se faire en principe en une seule fois.

volonté, poursuivi par un créancier impitoyable. L'article 1244 qui accorde ce pouvoir aux juges, leur recommande d'en user avec une grande réserve et en considération de la situation du débiteur, ce qui se comprend facilement et s'explique par l'idée que cette faculté est une exception au droit commun, et une violation de la loi des contrats. Aussi, non seulement la loi la refuse dans le cas d'une lettre de change ou d'un billet à ordre (art. 157 et 158 C. com.) où la célérité et le crédit jouent un grand rôle et sont indispensables pour le commerce, dans le cas où il veut favoriser un créancier (le décret du 28 février 1852, art. 26, la refuse aux emprunteurs du Crédit foncier), mais encore il en admet plus facilement la déchéance. A la faillite, la déconfiture et la diminution des sûretés, l'art. 124 C. proc. civ. ajoute l'état de contumace, l'emprisonnement (il s'agit de l'emprisonnement pour dettes et non de l'emprisonnement pénal) et la circonstance que les biens du débiteur sont saisis par d'autres créanciers.

En effet, dans ces cas, le débiteur a montré qu'il ne mérite pas la faveur d'un terme, qu'il est dans une situation telle que tout retard dans l'exécution du contrat met le créancier dans une situation dangereuse, ou que le terme ne lui est d'aucune utilité, ses biens étant déjà saisis par d'autres créanciers.

Le Code civil en fait une application particulière lors de la demande en résolution d'un contrat. L'article 1184, alinéa 3, permet au juge

d'accorder un délai, selon les circonstances, à la partie contre laquelle on demande la résolution. Et une fois ce délai écoulé, le juge ne peut plus en accorder un autre. En fait, le jugement qui accorde le délai prononce la résolution du contrat pour le cas où le défendeur ne puisse pas exécuter dans le temps qu'on lui accorde.

IV. — Modifications que peut imposer une personne étrangère au contrat

Parler des modifications du contrat par l'intervention d'un tiers peut paraître étrange, tant on est habitué à entendre parler des principes qui gouvernent cette matière comme s'ils étaient des vérités absolues qui ne souffrent point d'exception. Tout le monde affirme que, du moins, d'après le Code civil, un tiers ne peut jamais intervenir dans un contrat qui ne le concerne pas ; et pourtant des exceptions reconnues depuis longtemps furent admises par le Code. Mais elles semblent tellement naturelles, on y est tellement habitué, qu'elles passent généralement inaperçues comme telles et sont par suite admises sans discussion. C'est ainsi que dans les divers cas où *le retrait* est permis, certaines personnes peuvent prendre pour elles un achat fait au profit d'une autre en se substituant à celle-ci comme acheteur. Le contrat ne se résout donc pas ; la personne de l'acheteur

seule est changée. Les retraits conservés (1) par le Code civil sont : le retrait litigieux (art. 1699), le retrait successoral (art. 841), le retrait d'indivision (art. 1408, alinéa 2) ; en outre, on pourrait considérer la vente à réméré comme un retrait conventionnel (2).

C'est ainsi, pour ne parler que du retrait litigieux, qu'on permet au tiers contre lequel existe le droit litigieux (possesseur de l'immeuble, débiteur de la créance, etc.) d'être quitte, en remboursant à l'acheteur du droit, son prix réel d'achat avec les loyaux coûts et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite. Ce retrait est accordé pour écarter les personnes généralement suspectes qui achètent des droits litigieux, ou du moins pour permettre au tiers qui va se trouver en relations avec elles de recouvrir son indépendance vis-à-vis de personnes qu'il n'aurait jamais accepté de traiter avec elles. C'est pourquoi la loi n'autorise pas ce

(1) Les retraits étaient beaucoup plus nombreux dans l'ancien droit, les deux principaux étaient le retrait lignager et le retrait féodal.

(2) En *droit égyptien* on reconnaît un retrait ayant son origine dans le *droit musulman* au profit du copropriétaire, ou du voisin de l'immeuble vendu. Certaines conditions sont nécessaires, mais pas en ce qui concerne la superficie des immeubles. Au contraire, le Code espagnol (art. 1523) l'admet seulement au profit des voisins des petites propriétés de moins de deux hectares et cela pour favoriser la formation des propriétés d'un seul tenant (V. Planiol, t. II, n° 1648).

retrait dans quelques cas qui lui paraissent sérieux ; ces cas indiqués par l'article 1701 sont : 1° lorsque la cession est faite à un cohéritier ou copropriétaire du droit cédé. La cession a pour but de faciliter le partage d'une masse indivise ; 2° lorsqu'elle a été faite pour payer un créancier ; 3° lorsqu'elle a été faite au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux. La loi vise le cas où le possesseur d'un immeuble hypothéqué, qui est sur le point d'être évincé, croit que son vendeur soit incapable de l'indemniser ; elle lui permet de conserver l'immeuble en payant la dette hypothécaire qu'on suppose litigieuse. Dans toutes ces hypothèses, l'acheteur n'a aucune idée de spéculer et alors on comprend que la loi n'ait pas voulu lui préférer une autre personne.

Enfin notons que le retrait se produisant rétroactivement, tous les droits de l'acheteur primitif et même ceux de ses ayants-cause tomberont. Cependant, d'après l'opinion traditionnelle admise par presque tous les auteurs, le retrayé pourra encore être poursuivi par son vendeur et être obligé ainsi de payer le prix sauf à se le faire rembourser par le retrayant. Le motif invoqué est que le vendeur a choisi comme débiteur le retrayé et non le retrayant en qui il peut n'avoir aucune confiance. Le retrayé savait, en outre, qu'il aura des relations avec le retrayant et il avait accepté de supporter les risques qui peuvent résulter de la mauvaise situation du débiteur primitif (retrayant). D'ailleurs sa situation à lui ne peut être rendue

pire qu'il ne l'a faite lui-même, car le retrait ne produira aucun effet tant qu'il n'aura pas été complètement désintéressé. Si le retrayant est insolvable, le retrayé ne sera pas payé, mais il pourra obtenir la condamnation de l'autre pour tout le droit qu'il tient de son vendeur et non seulement pour la somme qu'il a payée. Sa situation restera donc telle qu'elle était lorsque le débiteur primitif avait manifesté l'intention de profiter du droit de retrait que lui accorde l'article 1699. On voit donc que l'intervention du tiers est la cause de ce que le contrat, continuant à exister, produit certains de ses effets entre les parties contractantes (obligation du retrayé envers son vendeur) et sans en modifier les autres, elle change celui qui doit en profiter (remplacement du retrayé par le retrayant).

Un autre groupe de cas, où un tiers peut par son intervention prendre la place de l'une des parties en laissant le contrat primitif produire tous ses effets, est prévu par l'article 1251. Cet article prévoit quatre hypothèses (1) dans lesquelles celui qui paie la dette d'un autre est subrogé légale-

(1) Deux autres cas sont prévus par d'autres textes de loi : 1° celui qui paie par intervention une lettre de change ou un billet à ordre est subrogé aux droits du porteur (art. 157 et 187 C. com.); 2° les officiers publics qui font l'avance des droits d'enregistrement à la place de leurs clients pour les actes passés par eux ou devant eux sont subrogés aux droits de la régie (Loi du 22 frimaire an VII, art. 29 et 30).

ment dans les droits et l'action du créancier. Dans toutes les hypothèses prévues par la loi, il y a un intérêt considérable à ce que le créancier soit payé. En effet la première hypothèse suppose un créancier pressé d'obtenir son paiement et qui va saisir les biens de son débiteur dans un moment de crise, étant sûr d'être payé à cause de l'existence à son profit d'une hypothèque ou d'un privilège ayant un bon rang. La perte sera pour les autres créanciers. Voilà pourquoi la loi permet à l'un d'eux de désintéresser l'autre et pour qu'il puisse le faire en sécurité, elle le subroge dans les droits du créancier payé (article 1251-1^o). Ceci permettra d'attendre un moment plus favorable pour vendre. Cette opération étant dans l'intérêt de tout le monde, on comprend que la loi l'autorise. La seconde hypothèse est admise dans l'intérêt du crédit immobilier ; autrement on ne pourrait jamais acheter un immeuble sans courir de nombreux risques, qui déprécieraient d'une façon notable les propriétés immobilières, etc... Ce qui nous intéresse dans tout cela, c'est le pouvoir accordé à une personne de prendre la place d'une autre dans un contrat sans obtenir le consentement des parties et même contre leur volonté exprimée. En effet, la subrogation va permettre au subrogé de prendre la place du créancier payé. Tous les droits de ce dernier y compris la créance elle-même passeront au subrogé. On contestait autrefois la transmission de la créance, mais tout

le monde est d'accord aujourd'hui pour l'admettre (1).

V. — Pourquoi le code a-t-il admis les exceptions précédentes

Nous avons vu comment sous le code civil un contrat peut être modifié, dans une mesure qui varie suivant sa nature sans avoir le consentement unanime des parties qui avaient contribué à sa formation. Nous voulons maintenant chercher à dégager et à mettre en relief les raisons pour lesquelles ces exceptions furent admises.

Ces raisons sont variées et procèdent de divers ordres d'idées. C'est ainsi que la modification peut être la conséquence d'une faute commise par l'une des parties (droit de rétention et cas où on est en présence d'une obligation de faire, contrat fixant le régime matrimonial, etc...). Dans ce cas, la modification peut aggraver la situation de la

(1) De ces cas de subrogation, on peut rapprocher l'article 1236 qui permet à une personne quelconque, non obligée, ni intéressée dans le contrat, d'agir en son propre nom et de payer un créancier quelconque. Ce dernier est obligé d'accepter ce paiement, sauf pour certaines obligations où il a un intérêt particulier à ce que l'exécution soit faite par le débiteur lui-même (art. 1237) à cause de son talent ou de ses aptitudes spéciales (confection d'une œuvre d'art par exemple). Seulement comme il ne peut invoquer en sa faveur aucune des raisons qui permettent la subrogation légale, il ne pourra agir que par l'action de gestion d'affaire contre le débiteur. La modification du contrat primitif est radicale puisqu'il est éteint; il est remplacé par un quasi contrat.

partie qui est en faute. La modification est quelquefois permise parce qu'elle profite à l'une des parties sans porter atteinte aux droits de l'autre (contrats d'aide et de commandement) à raison d'une situation nouvelle qu'on n'avait pas prévue. D'autres fois, on l'accorde à une personne étrangère au contrat, mais qui peut y trouver un grand intérêt sans nuire en aucune façon aux parties contractantes (paiement d'une dette avec subrogation légale, diverses sortes de retrait, etc...). Enfin elle peut être tolérée dans le but de venir en aide à une personne que le manque d'expérience, la situation difficile et pénible où elle se trouve, militent en sa faveur pour lui accorder une protection spéciale (en cas de lésion; obligations du mineur émancipé, du prodigue, ou du faible d'esprit; terme de grâce, etc...)

En réalité, toutes ces raisons sont la conséquence de ce fait qu'un contrat n'est pas respectable pour lui-même, mais seulement en considération du but à atteindre. Sans doute cette idée n'est exprimée nulle part dans le code civil, elle va même à l'encontre du principe de l'autonomie de la volonté, principe qui domine l'esprit du code; mais ces exceptions constituent une preuve suffisante qu'elle se trouve en germe dans le code civil lui-même; que le législateur a jugé ne pas pouvoir écarter complètement de son œuvre toutes les idées de justice, d'équité ou d'humanité quand la volonté des parties contractantes ne les a pas prises en considération.

CHAPITRE II

DE QUELQUES EXCEPTIONS NON PRÉVUES PAR LE CODE CIVIL QUI PERMETTENT DE MODIFIER LE CONTRAT SANS LE CONSENTEMENT UNANIME DE TOUS LES CONTRACTANTS

I. *Modifications apportées ou à apporter par une décision législative :*
Caractères de ces modifications. — *Intervention indirecte.* — Lois dites d'ordre public. Exemple : toutes les lois ouvrières. — *Intervention directe.* — Les lois qui en résultent sont facultatives pour l'une des parties et impératives pour l'autre. — Leur peu d'importance. — Quelques exemples. — L'Etat doit-il intervenir dans les contrats de travail ? — *A. Les socialistes.* — Socialisation des moyens de production, but du socialisme intégral. — Socialistes réformistes. — Idées de M. Millerand. — Ils veulent diminuer et non supprimer les inégalités sociales. — *B. Les catholiques sociaux.* — Encyclique *Graves de communi* de Léon XIII. — Leur programme. — Ils sont sur plus d'un point d'accord avec les socialistes. — Ils demandent une législation sociale. — *C. Les socialistes de la chaire.* — La protection légale de l'ouvrier. — Le salaire minimum. — *D. Les économistes et les libéraux.* — Changements significatifs de leurs principes. — On doit s'occuper des producteurs et non seulement des produits. — Toutes ces doctrines admettent l'intervention de l'Etat. — Mais elles diffèrent sur la mesure de cette intervention. — *Tendance de toutes les législations modernes.* — Travail de l'adulte. — Rapport de M. J. Godart. — Critiques de M. Yves Guyot. — Vote du projet avec des concessions importantes. — Critiques des socialistes. — La classe moyenne constitue un obstacle à l'application générale des lois sociales. — Un discours de M. Bourgeois. — Législations allemande, autrichienne, suisse, anglaise et belge. — *Position de la question en Belgique.* — Décisions du Conseil supérieur du Travail. — L'intervention de l'Etat dans le travail des adultes ne doit être admise qu'exceptionnellement et pour des industries déter-

minées. — *Le pouvoir exécutif* désignera ces industries. — Motif de ce choix. — Garanties contre ses interventions abusives. — Critiques des idées de ceux qui ne veulent pas de l'intervention de l'Etat. — En fait et en droit. — Divers aspects de la question — Mesure qui doit être reconnue à l'intervention législative.

II. *Modification du contrat par les tribunaux* : Règles posées par la loi (art. 1156-1162). Application du principe classique de l'autonomie de la volonté. — *Réduction du salaire promis au mandataire*. — Protestation de la doctrine. — Les tribunaux exigent que la clause pénale faite en vue d'une rupture brusque du contrat de louage de service à durée indéterminée soit sérieuse. — Nouveaux systèmes proposés pour l'interprétation des contrats en général. — Interprétation de l'article 1134, alinéa 3 et de l'article 1135 par la doctrine classique. — Contrôle de la Cour de Cassation en matière d'interprétation des contrats. — Ce qui se passe en fait. — Contrôle que se reconnaît la Cour de Cassation. — Conséquences. — Critique de la doctrine classique d'interprétation. — Utilisation rationnelle de l'article 1134, alinéa 3 et de l'article 1135. — *La bonne foi*. — *L'équité*. Moyens détournés employés par les tribunaux pour les concilier avec la doctrine classique. — Leur interprétation des clauses des contrats d'assurances. — Evolution de la jurisprudence en cas d'accident de travail avant la loi de 1898. — *L'usage*. — Usages conventionnels et usages généraux. — La jurisprudence fait-elle partie du droit coutumier? — Rôle de la jurisprudence vu sous un jour nouveau. — *Lois interprétatives*. — Critique de la théorie classique de l'autonomie de la volonté dans son fond même. — Opinion de M. G. Tarde. — Insuffisance de cette théorie pour expliquer l'idée de droit. — La volonté individuelle est impuissante seule à l'expliquer. — Nécessité de l'existence d'une volonté supérieure qui la reconnaisse pour la rendre obligatoire. — L'utilité sociale exige en principe cette reconnaissance. — *Le sentiment du juste de Schlossmann*. — Il veut étendre l'application de l'article 1382 à tout ce qu'on appelle « acte juridique ». — Pas de différence entre le fait de commettre un délit civil et celui de ne pas exécuter un contrat. — La conduite normale doit toujours être prise en considération. — *Théorie de la déclaration de volonté*. — Le juge doit chercher l'utilité sociale et la justice. — Il ne doit tenir compte que de la volonté déclarée. — Volonté de la déclaration et volonté de l'effet. — Critiques de ces deux systèmes. — Ce qui les sépare des idées de M. G. Tarde. — *Théorie de M. Duguit*. — Inexistence du droit subjectif et individuel. — Le droit objectif. — La notion de la fonction sociale. — *La règle de droit* a pour fondement le fait de l'interdépendance sociale. — Application de cette théorie aux prétendus droits de liberté et de propriété. — Rôle de la volonté individuelle dans cette théorie. — Elle doit être conforme à la règle de droit pour être respectée. — Pouvoirs exorbitants que reconnaît cette théorie au juge en matière d'interprétation. — C'est une théorie inadmissible. —

Critiques que nous lui adressons. — *Système du Code civil allemand.* — Véritable sens de son article 133. — Les articles 118 et s. qui visent les déclarations faites par plaisanterie, par suite d'une erreur, de dol ou de violence, et la théorie de l'autonomie de la volonté. — Portée que l'on doit reconnaître à ces textes en présence de l'article 122. — Cas unique de l'article 140 : il permet d'écarter la volonté réelle et la volonté déclarée des parties. — Atténuation du caractère rigide de ce système grâce aux larges pouvoirs de contrôle reconnus au juge. — Importance capitale de l'article 138. — Comparaison de son alinéa premier avec les articles 6 et 1133 du Code Napoléon. — Nullité prévue par l'alinéa 2 de cet article. — Impossibilité d'admettre ce système en France sans modifier complètement toute l'économie du Code Napoléon. — *Système de M. Dereux.* — C'est le système de « libre recherche scientifique » que préconise M. Gény pour l'interprétation de la loi. — Modification que nous apportons à ce système. — Comparaison du système que nous préconisons et du système allemand de la déclaration de volonté. — Son application à l'interprétation des contrats d'adhésion.

III. *Des modifications imposées par la majorité des contractants.* — *Contrats de « collaboration égalitaire ».* — *La volonté de la majorité fait loi.* — *Associations syndicales des propriétaires ruraux ou urbains.* — *Protection de la minorité.* — *Pouvoir de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires.* — A. Pouvoir de modifier le pacte social. — Nécessités pratiques qui exigent cette modification. — Silence des statuts. — *Premier système :* les statuts sont immuables à moins de l'accord unanime de tous les associés. — L'article 1134 s'applique-t-il rationnellement à une telle situation ? — Nature et caractères de la société anonyme. — *Deuxième système :* La majorité des associés peut imposer certaines modifications. — Loi du 24 juillet 1867. — Argument à double tranchant. — C'est pourtant le principal argument invoqué par les tribunaux et les auteurs. — Danger de cette argumentation. — Fraude que peut commettre la majorité. — Tout le monde reconnaît les mauvais résultats de la solution restrictive. — Evolution jurisprudentielle. — Le législateur trouve son intervention inutile. — Amendement Poirrier à la loi du 1er août 1893. — Motif de son rejet. — Législations étrangères. — B. Mesure et étendue des modifications permises. — *Clauses essentielles et clauses secondaires.* — Distinction difficile à faire. — Est-ce une application de l'article 1134 ? — Ce critérium manque de fondement. — Contradictions jurisprudentielles. — Nécessité d'une intervention législative pour organiser une protection des droits de la minorité. — *Systèmes anglais et italiens.* — *Autre critérium.* — Ces limites résultent de la nature du contrat, des statuts et des principes généraux du droit. — Aggravation des charges des actionnaires. — Le rapport entre les différents groupes ne peut être modifié que par des décisions conformes prises par la majorité de chaque groupe intéressé. —

Les statuts peuvent en indiquer d'autres. — Les principes généraux du droit interdisent la transformation complète de la société et imposent le droit d'égalité entre actionnaires. — Ce que l'on doit entendre par « droit d'égalité entre actionnaires » : Cette égalité n'est nécessaire qu'entre les actionnaires d'un même groupe.

IV. *Modifications que d'autres que les parties contractantes peuvent imposer.* — A. Concordat. — Création d'un contrat ayant un caractère collectif et modification des anciens contrats individuels et personnels. — B. Grèves. — Ont-elles pour effet de rompre le contrat ? de le suspendre ? — Intérêts de la question. — Les auteurs sont généralement pour la suspension. — Leurs arguments. — Systèmes transactionnels. — La jurisprudence déclare qu'il y a là rupture du contrat. — Existence du droit de grève. — Définition de ce prétendu droit. — Loi du 25 mai 1864. — Permission des coalitions. — Rapport de M. E. Ollivier. — Comment il définit la coalition. — Il ne confond pas les coalitions et les grèves. — Intervention de MM. Tournon et Ribot au Sénat. — Réponse du Ministre de la Justice. — Il qualifie l'opinion de la suspension du contrat de *téméraire, hardie et révolutionnaire*. — Mauvais résultats pratiques que produit chacune des deux opinions de la rupture et de la suspension. — On veut résoudre une question de droit collectif par des principes créés en vue des droits individuels. — *Opinion de M. A. Colin*. — Aucune des parties ne doit avoir un recours contre l'autre pour faits de grèves ou de lock-out. — Solution équitable. — C. Arbitrage obligatoire. — Projet de M. Millerand. — Article 4 de ce projet. — Projet de M. Briand pour les différends entre les administrations des réseaux des chemins de fer d'intérêt général et leur personnel. — Il interdit aux ouvriers de faire grève. — Double atteinte qu'il porte au principe de l'autonomie de la volonté. — Il modifie le contrat de concession. — Il admet la modification des contrats individuels passés entre les Compagnies et chacun des ouvriers. — Autres propositions établissant l'arbitrage obligatoire. — Son institution à la Nouvelle Zélande. — Son caractère préventif. — Procédure et sanctions. — Résultats défavorables. — Conditions nécessaires pour la réussite d'une telle loi. — Les intéressés doivent la souhaiter. — Elle doit prévoir des sanctions efficaces. — Les projets français ne remplissent aucune de ces deux conditions. — D. Fondation. — Définition. — Critiques. — *Nouvelles circonstances de droit*. — Loi du 30 octobre 1886. — Loi de séparation du 9 décembre 1905, complétée et interprétée par celle du 13 avril 1908. — *Nouvelles circonstances de fait*. — Fondation et association. — L'association ne peut pas toujours remplir le rôle économique et social de la fondation. — Caractère intangible de la fondation. — Inconvénients. — Législations étrangères qui écartent ce caractère. — Exécution, modification et suppression des fondations. — *Projet de la société d'Etudes législatives*. — Comité de surveillance des

fondations. — Pouvoirs. — Modifications administratives. — Pouvoirs des tribunaux et du Conseil d'Etat. — Opposition des individualistes. — Causes permettant la transformation ou la suppression. — Transformation ou suppression partielle. — Appréciation.

Ces exceptions sont nombreuses et variées, aussi nous ne les étudierons pas toutes ; et celles que nous retiendrons seront traitées plus ou moins longuement selon l'importance que nous leur assignerons. Nous nous occuperons surtout de celles qui occupent un peu tout le monde et qui n'ont pas été sanctionnées par le législateur. La modification peut être le résultat d'une décision prise, selon les cas, soit par le législateur, soit par les tribunaux, soit enfin par la majorité des contractants.

I. Modifications apportées ou à apporter par une décision législative (1)

Naturellement, la plus grande partie des exceptions que nous étudierons ne peuvent être invoquées qu'après être admises par le législateur, aussi nous visons ici certaines de ces modifications qui ont des caractères spéciaux, à savoir : a) celles ne modifiant que les contrats qui existaient déjà lors de la décision du législateur. Pour les contrats de même nature qui se feront après, elles s'impo-

(1) Le législateur est intervenu dans d'autres cas que ceux cités dans ce paragraphe, mais pour éviter des redites nous n'en parlerons que plus loin à propos de fondations.

seront aux parties lors de la formation même de la convention ; *b*) celles qui, admises pour un fait spécial et déterminé ne s'appliquent qu'une fois seulement, et pour des contrats déjà formés ; *c*) celles qui proposent une même et invariable modification toutes les fois qu'on se trouve dans une situation visée par le législateur. Cette intervention du législateur peut, en tout cas, être directe ou indirecte. Elle est indirecte dans toutes les lois dites d'ordre public. Comme exemples, nous pouvons citer toutes celles qui forment la législation ouvrière (1) (Loi du 30 mars 1900 qui a unifié en principe la journée de travail des femmes et des enfants et des adultes lorsqu'ils travaillent dans des établissements mixtes ; loi du 9 septembre 1848 pour les adultes travaillant seuls dans des établissements à moteur mécanique ou à feu continu, ou dans des fabriques occupant plus de vingt ouvriers réunis en atelier ; loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail ; loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire ; loi du 25 juin 1905 imposant en principe la journée de huit heures dans les mines, etc...).

(1) De nombreux ouvrages très importants s'occupent particulièrement de cette législation. Voir P. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle, les Lois ouvrières*, 3^e éd., A. Rousseau, 1909 ; Levasseur, *Questions ouvrières et industrielles en France, sous la Troisième République*, Rousseau, 1909 ; Gide, *Economie sociale*, 3^e édit. Larose, 1907 ; H. Capitant, *Cours de législation industrielle*, A. Pedone, éditeur, 1912, etc...

L'intervention peut aussi être directe. Le législateur propose de modifier en partie les effets d'un contrat, il n'impose pas sa volonté, il n'édicte pas une règle d'ordre public. La partie qu'il veut avantager peut invoquer la loi ou ne pas le faire. Ces lois sont donc facultatives pour l'une des parties et impératives pour l'autre. Elles sont peu nombreuses et n'ont pas l'importance de celles que nous venons de voir et qui doivent être appliquées par tout le monde et même contrairement à la volonté des parties contractantes. Comme exemples (1) d'intervention directe nous pouvons citer : 1° la loi du 21 avril 1871 qui a posé le principe de la réduction des loyers à Paris pour les baux conclus et les termes échus avant sa promulgation. Elle donne le pouvoir de faire cette réduction à des jurys constitués dans chaque quartier ; 2° loi du 21 février 1899 qui, à l'occasion des funérailles de Félix Faure, décida de retarder le paiement des effets de commerce dû le 23 jusqu'au 24 du même mois ; 3° loi du 27 janvier 1910 relative à la prorogation des délais des protêts et des actes de recours en conservation des droits résultant des valeurs négociables, en cas de mobilisation, de calamités, de fléaux publics. Ces prorogations seront décidées par le chef de l'Etat après avoir pris l'avis du Conseil des ministres ; 4° d'après une loi du 20 décembre 1906, on décida que, si le len-

(1) Voir pour les trois premiers exemples cités, le *Cours* de M. Morin.

demain des fêtes légales est un lundi, il ne pourra en être réclamé aucun paiement ni dressé aucun protêt. En réalité, la loi ne le dit pas d'une façon expresse, mais la question ne fait aucun doute. En effet, le rapport de M. Guillier, qui présentait la loi au Sénat, est formel : « La pensée du législateur, disait-il, a été celle-ci : quand les fêtes légales coïncident avec un dimanche, les employés de commerce et de banque, que la confusion du dimanche et du jour de fête prive du repos dont la fête les aurait fait bénéficier, doivent cependant pouvoir en jouir. A cet effet, on décida que, si le lendemain de ces fêtes est un lundi, ce jour il ne pourrait être réclamé aucun paiement ni dressé aucun protêt. De la sorte, les patrons, n'ayant plus une raison impérieuse de tenir ouverts leurs guichets, peuvent accorder la journée du lundi à leurs subordonnés, et ceux-ci peuvent goûter deux jours de repos, l'un correspondant au dimanche, l'autre à la fête légale ».

Les plus intéressantes et d'ailleurs les plus importantes de ces exceptions sont les lois dites ouvrières ; elles ont, en effet, un champ d'application plus étendu que les autres et deviennent chaque jour de plus en plus nombreuses. Aussi donnent-elles occasion à d'interminables controverses. L'Etat doit-il intervenir pour réglementer le travail ? Doit-il laisser aux parties le droit de régler leurs rapports réciproques ? Cette question du rôle économique que doit jouer l'Etat est une des plus passionnantes et des plus discutées à

l'heure actuelle. Nous voulons essayer d'exposer les diverses opinions entre lesquelles la lutte est encore engagée.

Sans nous attarder au prétendu système qui, supprimant tout pouvoir, est absolument négatif, mais qui a ses formules et ses adeptes convaincus, anarchistes ou individualistes absolus, puisqu'aucun groupe historique ne l'a admis comme étant contraire à l'idée même de l'état social, on peut découvrir quatre systèmes représentés par quatre doctrines différentes qui, tout en admettant l'idée d'une intervention de l'Etat pour régler le travail, ne partent pas du même point et par suite diffèrent sur la mesure de cette intervention :

a) *Les socialistes*. — La doctrine socialiste affirme la nécessité d'un Etat solidement constitué pour qu'il puisse concentrer dans un organisme unique et puissant toutes les activités des particuliers. Aussi réclame-t-elle la socialisation des moyens de production, c'est-à-dire, l'expropriation de la propriété individuelle et privée et l'exploitation des forces productives par l'Etat (1). A côté

(1) Cette théorie avait déjà été enseignée par Platon qui disait dans sa *République* : « Je vous déclare en ma qualité de législateur, que je ne vous regarde ni vous, ni vos biens comme étant à vous-mêmes, mais comme appartenant à toute votre famille et toute votre famille avec ses biens comme appartenant encore plus à l'Etat. » Enlevez l'intermédiaire de la famille et vous aurez une idée qu'on aurait pu attribuer à Rousseau, dont les idées sur la propriété privée nous est connue. Au XIX^e siècle, Karl Marx,

de ce socialisme intégral et en attendant la réalisation de son but, un socialisme utilitaire et réformiste s'est développé pour la recherche de résultats plus pratiques et plus faciles à atteindre (1).

Ses partisans ont toujours en vue l'idéal internationaliste des communistes, mais ils ont compris que pour les foules il faut des résultats tangibles, car

a recommencé contre le capital une lutte acharnée et aujourd'hui ils sont par milliers les marxistes qui prétendent *socialiser* les instruments de la production et substituer à la propriété privé, le capital collectif.

(1) Ils veulent surtout : 1° l'extension des industries de l'Etat ; 2° La réglementation minutieuse des industries libres ; 3° l'établissement d'un minimum de salaire dans les différentes professions ; 4° l'introduction des retraites ouvrières fournies en tout ou en partie par le budget national ; 5° augmentation des droits de succession en ligne directe et suppression de l'héritage en ligne collatérale ; 6° impôts progressifs sur les revenus individuels. En France la doctrine du socialisme réformiste a été très nettement formulée par M. A. Millerand : « N'est pas socialiste quiconque n'accepte pas la substitution nécessaire et progressive de la propriété sociale à la propriété capitaliste... Et cette socialisation progressive des diverses catégories des moyens de production ne peut être qu'un motif d'espérance et de joie pour les millions d'êtres humains appelés ainsi à s'élever par une progression que règlera non pas le caprice des hommes mais la nature des choses, de la condition de salariés à la qualité de coparticipants des richesses sociales... Je dis *incorporation successive*. Nul socialiste n'a jamais rêvé, en effet, de transformer d'un coup de baguette magique le régime capitaliste, ni d'édifier sur une table rase, une société nouvelle. » (A. Millerand, *Le Socialisme réformiste français*, Paris, Société nouvelle de librairie et d'édition, 1903, pp. 26, 27 et 28.

elles ne peuvent pas vivre seulement de belles paroles et de promesses. Les Marxistes ont essayé de les endiguer, mais ils ont été débordés et la nouvelle école voit ses adeptes augmenter de jour en jour. Leurs tactiques ne sont naturellement pas les mêmes. Négociations, transactions, concessions, compromis, rien n'effraie les réformistes. Pour eux la moindre réforme obtenue signifie conquête et triomphe. Et s'ils n'admettent pas la confiscation générale des propriétaires, ils proposent un autre système qui doit s'en rapprocher par les moyens et la fin ; autrement, ce système serait impraticable. « Il veut (le socialisme), nous dit M. Millerand, que dans l'humanité nouvelle la propriété individuelle soit non pas supprimée, — ce qui est une proposition incompréhensible, — mais tout au contraire transformée et si bien élargie qu'elle soit pour chaque homme, comme un prolongement nécessaire sur les choses, l'indispensable outil de vie et de développement » (1). Aussi admettent-ils l'intervention de l'Etat pour réglementer le travail même par étapes. « Aussi l'intervention de la société, continue M. Millerand, la première intéressée à la marche régulière et nouvelle du progrès, s'impose-t-elle en vue d'assurer à tous ses membres des conditions humaines de travail » (2).

Ainsi compris le socialisme adouci n'apparaît

(1) A. Millerand, *op. cit.*, p. 7.

(2) A. Millerand, *op. cit.*, p. 9.

plus comme devant *supprimer*, mais simplement *diminuer* les inégalités sociales (1).

b) *Les catholiques sociaux* ou les « démocrates chrétiens » (2) qui partent d'un point opposé à

(1) Ceci a été constaté par ceux qui cherchent, dans des mesures préventives, un meilleur aménagement des conditions de la vie laborieuse : « Les socialistes, remarque M. F. Vidal, ne poussent pas à la guerre sociale, ils voudraient au contraire la prévenir ; ils demandent des réformes pour conjurer les révolutions, loin de provoquer à la haine entre les diverses classes de citoyens, ils prêchent la concorde et l'association. » Ce fait est reproché d'ailleurs aux socialistes d'Etat par les autres socialistes. C'est ainsi que M. Lagardelle, dans ses *Pages libres*, constate : « Le socialisme d'Etat tend à étendre le domaine des institutions existantes, à développer le champ d'action des rouages mêmes de la société présente, et non à lui substituer des organismes nouveaux, de formation purement ouvrière... » Cité par G. Hanotaux, *La Démocratie et le Travail*, p. XVII et LII de l'introduction, édit. E. Flammarion, 1910.

(2) Voici comment Léon XIII, a défini et entendu la démocratie chrétienne dans son Encyclique *graves de communi* du 18 janvier 1901 : 1^o la démocratie chrétienne, doit s'appuyer sur les principes posés par la loi divine comme sur sa base même. Il lui faut pourvoir aux intérêts des petits de telle sorte qu'elle guide vers la perfection comme il convient, les âmes créées pour les biens éternels. Il importe par conséquent que rien ne lui soit plus sacré que la justice ; qu'elle prescrive le maintien intégral du droit de propriété et de possession, qu'elle conserve les classes distinctes qui sans contredit, sont le propre d'un Etat bien constitué, etc... » ; « 2^o de la même manière il faut écarter de la démocratie chrétienne un autre grief : à savoir qu'elle consacre ses soins de telle sorte aux intérêts des classes inférieures, qu'elle paraisse laisser de côté les clas-

celui que nous venons de voir, mais qui admettent aussi l'idée d'une intervention de l'Etat pour régler le travail. Tout en défendant les principes du christianisme, ils travaillent, en effet, à la transformation de la condition matérielle de l'ouvrier. « Le catholicisme, étant par essence, une religion sociale, nous dit M. le comte de Mun, son action doit s'étendre à la vie même de la société. Dans cet ordre d'idées, il ne s'agit pas seulement de soulager la misère et de secourir la pauvreté, il s'agit de garantir des droits sociaux : il ne s'agit plus seulement de charité, il s'agit de justice. Et la justice, dans son acceptation sociale, se reconnaît d'abord à ce trait décisif : qu'elle a pour effet d'assurer la protection des faibles contre tous les dangers de la force, qu'ils naissent de l'abus volontaire que les hommes en peuvent faire ou de l'involontaire excès où les entraînent les circonstances » (1).

ses supérieures ; cependant l'utilité de celles-ci n'est pas moindre pour la conservation et l'amélioration de l'Etat » ; « 3^e pas un seul homme ne blâmera ce zèle qui, selon la loi naturelle et la loi divine, tend uniquement à ce que ceux qui gagnent leur vie par un travail manuel soient amenés à une situation plus tolérable et aient un peu de quoi assurer leur avenir ; à ce qu'ils puissent, chez eux et en public, pratiquer la vertu et assurer leurs devoirs de piété, à ce qu'ils sentent qu'ils sont non des animaux, mais des hommes, non des païens, mais des chrétiens, etc. »

(1) Discours prononcé à Besançon, le 29 novembre 1903 (V. *l'Eclair Comtois* du 30 novembre 1903), cité par Béchaux, *La Réglementation du travail*, p. 40, 2^e édit. Lecoffre 1904.

Léon XIII disait aussi dans son Encyclique sur *la condition des ouvriers* : « Exiger une somme de travail qui en émoussant toutes les facultés de l'âme, écrase le corps et consume les forces jusqu'à l'épuisement, c'est une conduite que ne peuvent tolérer ni la justice, ni l'humanité. Et ce que peut réaliser un homme valide, il ne serait pas équitable de le demander à la femme ou à l'enfant. » Et Léon XIII prend vivement à partie la théorie individualiste du contrat du travail, il dit qu'elle « n'embrasse pas tous les côtés de la question ». Et quand les individualistes lui disent qu'il y a contrat, que la liberté des parties fait qu'on ne puisse admettre la justice entre elles que de la façon choisie par elles dans la pleine autonomie de leur volonté, Léon XIII leur répond : « Pareil raisonnement, ne trouvera pas de juge équitable qui consente à y adhérer sans réserve. » Entretenir et perpétuer la vie humaine, voilà le but et la fin indispensables de tout travail. C'est la nature qui l'exige : « Que le patron et l'ouvrier fassent donc, ajoute Léon XIII, tant et de telles conventions qu'il leur plaira, qu'ils tombent d'accord notamment sur le chiffre du salaire. Au-dessus de leur libre volonté, il est une loi de justice naturelle plus élevée et plus ancienne, à savoir que le salaire ne doit pas être insuffisant à faire subsister l'ouvrier sobre et honnête ».

La conclusion est donc qu'il faut réclamer une « législation sociale ». Ce qu'on leur reproche parfois, c'est d'exagérer le rôle économique de

l'Etat et de sacrifier des libertés sociales qu'on estime précieuses (1).

c). — De ces deux doctrines on peut rapprocher celle préconisée par d'autres et nombreux écrivains hostiles au socialisme, mais non moins hostiles à la liberté absolue du travail, et qui se séparent des chrétiens sociaux en ce qu'ils ne basent pas leurs idées sur la religion. Ils réclament la « *protection légale* » de l'ouvrier. L'idée partie de l'Allemagne, a pénétré la France, puis la Belgique, l'Italie et l'Angleterre. Grâce à une propagande active, suivie et méthodique dans les sociétés scientifiques, les syndicats, les cercles, les congrès, on a vu les tenants de la « *protection légale* » agir victorieusement sur l'opinion et obtenir des parlements des lois de plus en plus nombreuses sur le travail et les travailleurs : ces doctrinaires, que les Allemands se plaisent à appeler *socialistes de la chaire* sont en général des juristes savants, dévoués aux populations laborieuses, et qui ont une foi inébranlable dans la loi écrite. Ils constatent que « l'ouvrier a été presque entièrement oublié dans notre code civil » (2) et en remarquant qu'« il est impossible de prendre contact avec la réalité, de voir de près toutes ces misères sans être frappé des lacunes et des injustices de la loi,

(1) Dr. Scheicher, *Le Clergé et la question sociale*, traduit de l'allemand par G. Morel, Bruxelles 1897.

(2) Glasson, *Le Code civil et la question ouvrière*, p. 6. cité par Charmont, *le Droit et l'Esprit démocratique*, p. 59.

sans être obligé de reconnaître que le droit n'existe pleinement que pour une minorité, que de grosses réformes s'imposent (1) », ils conseillent aux propriétaires la résignation : « De son côté la bourgeoisie doit accepter l'inévitable, ne pas s'obstiner dans la défense de ses privilèges, dans le regret de l'hégémonie qu'elle a perdue, — reconnaître ce qu'a de légitime le mouvement d'émancipation de la classe ouvrière (2) ».

M. R. Jay est du même avis et s'exprime avec force en ce qui concerne la protection des travailleurs : « la protection légale des travailleurs doit, nous dit-il, dès aujourd'hui et sans compromettre aucun intérêt essentiel, grandement améliorer le sort des travailleurs. Pour nombre d'entre eux, elle semble une condition des premiers relèvements comme des ascensions futures. L'opinion publique n'est pas cependant pleinement acquise à la cause de la protection légale des travailleurs. Dans sa masse, elle reste indifférente, défiante peut-être. On n'a pas su la convaincre assez de l'étendue du mal, de l'efficacité du remède. Commodes autant que touchantes, les maximes du « laissez faire » n'ont pas perdu tout crédit. Sans cesse démenties par l'événement, les prédictions des adversaires de l'intervention de la loi ne laissent pas que

(1) Charmont, *le Droit et l'Esprit Démocratique*, p. 59.

(2) — , op. citée, p. 79.

d'effrayer encore » (1). Et M. Gide prévoyait, dès 1891, le moment où les travailleurs feront leur révolution sociale par des moyens légaux. « Les gens paisibles, disait-il, qui ont si grand'peur d'une révolution sociale et qui se reposent sur l'armée du soin de les garder eux, leurs terres, leurs maisons et leurs rentes, nous font rire : ils verront, s'ils ne sont pas trop vieux, des parlements composés d'ouvriers en blouse, comme le légendaire Thivrier, ou sans blouse, voter la nationalisation et l'expropriation des grandes Compagnies; le tout le plus tranquillement et le plus légalement du monde, après trois lectures ou même après renvoi à la Commission et les mêmes soldats qui les fusillent aujourd'hui conformément à la loi, auront alors pour rôle d'assurer main-forte à l'exécution de leurs décisions » (2). Et tous de juger qu'il y a un certain minimum de salaire imposé par la nature même, auquel on ne peut renoncer même par contrat. Ils affirment qu'il n'y a là rien qui ne puisse être admis par la conception la plus élémentaire de la justice : l'ouvrier n'a d'autre ressource, pour subvenir à son existence, que son travail, et du moment qu'il place toute son activité entre les mains de son patron, n'est-il pas juste et équitable que ce dernier lui doive le salaire

(1) R. Jay, *La protection légale des travailleurs*, p. 5, Paris Larose, édit. 1904.

(2) *Revue d'Economie politique* : Chronique 1891, p. 520, cité par Charmont, *op. cit.*, p. 65-66.

minimum nécessaire à sa subsistance ; et c'est une fois que ce minimum est acquis, une fois que la vie de l'ouvrier est assurée qu'on puisse parler de la liberté des contractants. Cette liberté ne pourra donc être prise en considération que pour déterminer la partie du salaire qui excèdera ce minimum nécessaire et qui variera suivant les circonstances sociales et surtout économiques. C'est ainsi qu'on justifie l'intervention de la loi dans la question même du salaire.

D. Enfin, les économistes et les libéraux, successeurs et défenseurs de l'individualisme, reconnaissent aussi que l'État peut et doit intervenir pour réglementer le travail. Naturellement, ils ne vont pas aussi loin que les autres, mais ils ont été obligés d'avouer qu'ils ne soutiennent plus les idées que leurs devanciers affirmaient. C'est ainsi qu'ils ne reconnaissent plus que la science économique est, selon l'expression de certains individualistes à outrance, la science de l'échange et qu'elle n'a en vue que la production et la circulation des richesses : « L'économie politique est une science morale, nous dit M. Supino, en tant qu'elle s'occupe de l'homme comme d'un être qui sent, qui pense et qui veut ; elle est en même temps une science sociale et politique en tant qu'elle ne considère pas l'homme uniquement dans ses facultés psychiques ou d'un point de vue individuel, mais l'étudie dans ses relations avec ses semblables, comme lui membre de la société civile et d'une organisation politique, dans ses

manifestations collectives, d'un point de vue essentiellement social (1). » Ils commencent à admettre qu'on doit s'occuper aussi des producteurs et non seulement de la production. « Dans l'étude économique que j'ai faite, écrit M. Levasseur, les choses et les personnes, le produit et le producteur sont intimement liés. Le producteur crée le produit et vit du produit. Le résultat dépend de sa productivité, c'est-à-dire, de son travail, dirigé par son intelligence et armé de son capital, et ce résultat à son tour détermine la condition matérielle du travailleur suivant que la richesse créée est plus ou moins abondante et plus ou moins convenablement répartie. Il eût été plus logique peut-être de placer le producteur avant le produit (2). » Ce qui fait que tout en continuant à

(1) Camillo Supino, *Principi di Economia politica*, seconda edizione. Napoli, 1903, p. 7, cité par Béchaux, *Économistes, Réalistes*, p. 7. Rousseau, éditeur, 1908.

(2) Levasseur, *Questions ouvrières et industrielles en France sous la troisième République*, p. XI de la Préface. Conf. Tarde : « On a reproché avec raison, dit-il, aux criminalistes classiques de n'avoir égard qu'aux crimes et non aux criminels ; un reproche analogue, celui de s'inquiéter beaucoup plus des produits que des producteurs, est mérité par nombre d'économistes du passé ». Leur erreur a été la conception « d'un homme économique, sorte d'être spirituel abstrait, supposé étranger à tout autre sentiment que le mobile de l'intérêt personnel. En concevant l'*homo œconomicus*, les économistes ont fait une double abstraction. C'en est une d'abord, très abusive, d'avoir conçu, et c'en est une autre ensuite, de s'être représenté

soutenir et à affirmer que l'intérêt personnel est le grand moteur des actes humains, ils trouvent qu'il est nécessaire que la morale économique impose des limites à l'égoïsme des hommes. Et ils sont amenés ainsi à admettre l'idée de l'intervention de l'État, mais jusqu'à une certaine mesure seulement. C'est pourquoi, remarquant que l'histoire de la grande industrie a été pendant la première partie du dix-neuvième siècle l'histoire de nombreux abus et que la liberté illimitée du travail a sacrifié l'ouvrier, M. Conrad s'exprime ainsi : « C'est alors que la pensée se fit jour, qu'une autorité plus élevée devait entrer en scène pour assurer la protection des faibles et que seule la puissance de l'État pouvait assumer ce rôle. On reconnut que pour aider au progrès de la civilisation, il ne s'agissait pas seulement de développer la production, mais qu'il fallait se préoccuper d'assurer la répartition du revenu national et d'accorder une attention particulière à la mission de l'État et de la société. Mais, comme il est conforme à la nature humaine, la réaction contre le système de la libre concurrence a fait tomber dans l'excès contraire. La nouvelle génération n'a pas appris à connaître les désavantages de l'État police ; elle est portée à réclamer partout son intervention pour réduire à néant les maux pré-

cet individu comme détaché de tout groupe, corporation, secte, parti, association quelconque » (G. Tarde, *Psychologie économique*, t. I, p. 99, 114 et 115).

sents sans voir les inconvénients qu'entraîne la limitation de la liberté individuelle (1). » En effet, toute fonction de l'État a sa répercussion, par l'impôt, sur l'ensemble des citoyens. Son intervention continuelle entraînerait l'accroissement des impôts, l'élévation du prix des produits et en général le renchérissement de la vie. Aussi voudrait-on établir nettement les trois organes naturels de la puissance publique et caractériser ainsi le rôle distinct et hiérarchique de la commune, de la province et du pouvoir central et ne laisser à celui-ci que les fonctions dont les collectivités inférieures ne pourraient s'en charger. L'État ne doit intervenir que lorsque l'initiative individuelle et collective est impuissante : « L'État, continue M. Conrad, ne doit agir que lorsque les forces des citoyens ne suffisent pas, à elles seules, à accomplir le nécessaire, car les institutions de l'État ne sont pas un but mais un moyen (2). » P. L.-Beaulieu exprime la même idée : « L'État doit veiller

(1) Cité par Béchaux, *Économistes réalistes*, p. 11. — Sismondi, dans ses *nouveaux principes d'économie politique* (1817-1827), avait déjà montré la nécessité d'établir des mesures de protection au profit des travailleurs. La thèse fut reprise par Buret et par Villermé : « Le remède au dépérissement des enfants dans les manufactures, à l'abus homicide qu'on en fait, disait ce dernier, t. II, p. 91, ne saurait se trouver que dans une loi ou un règlement qui fixerait, d'après l'âge de ces ouvriers un maximum à la durée journalière du travail », cité par H. Capitant, *Cours de Législation Industrielle*, p. 21, Pedone, édit., 1912.

(2) Cité par Béchaux, *Economistes réalistes*, p. 11.

avec un souci attentif, ininterrompu, à circonscrire son action propre, dit-il, de sorte que, sauf les cas d'évidente nécessité, il ne porte aucune atteinte à l'énergie individuelle et à la liberté des associations privées (1). » Il reconnaît que « l'État est le gardien naturel, le protecteur des êtres faibles qui sont destitués d'appui .. L'État enfin, dans une mesure très variable, suivant les temps et les lieux, peut prêter un concours accessoire, secondaire, au développement des œuvres diverses qui composent la civilisation et qui émanent de l'initiative individuelle ou des groupements libres d'individus (2). » Mais il trouve qu'on va trop loin : « L'extension des attributions de l'État et ses interventions économiques ou autres ne sont plus, depuis longtemps déjà, déterminées par la considération réfléchie et circonspecte du concours que l'État peut et doit prêter à l'essor de la civilisation ; elles ont leur point de départ dans un système mégalomane qui tend à faire de l'État le moteur principal, sinon exclusif, des progrès humains ; c'est là une erreur fondamentale... et d'où découle des gaspillages de toute sorte (3). » Il conseille l'abstention plutôt que l'abus d'intervention : « Au degré de civilisation où nous sommes parvenus, plus menacés de déchoir par

(1) P. L. Beaulieu, *L'Etat Moderne et ses fonctions*, Paris, Alcan, 4^e édition 1911, p. 61.

(2) Paul L. Beaulieu, *op. cit.*, p. 115.

(3) Paul L. Beaulieu, *op. cit.*, p. 25.

une contrainte gouvernementale étroite que de rester en arrière par l'inertie individuelle, un excès d'abstention offre beaucoup moins de périls qu'un excès d'intrusion (1). » Il cherche en un mot la justice sociale tout en restant individualiste ; il en donne même une définition qui l'aurait rapproché des socialistes s'il n'avait pas pris soin de la restreindre : « La justice sociale, dit-il dans son *Essai sur la répartition des richesses*, consiste à *supprimer toutes les causes artificielles* qui favorisent certains individus aux dépens des autres (2), qui empêchent toutes les activités de se développer librement en tant qu'elles n'empiètent pas sur la liberté des autres activités. La stricte justice et rien de plus, voilà l'idéal social et la justice doit s'entendre en ce sens que les individus font eux-

(1) Paul L. Beaulieu, *op. cit.*, p. 116.

(2) L'État doit donc assurer aux individus les moyens de faire eux-mêmes leurs destinées, *il doit à chacun la justice*, c'est-à-dire *lui offrir les mêmes facilités pour exercer son activité dans le milieu social*. Mais le socialisme, en principe, ne cherche pas un autre but : « Le socialisme, dit M. Gabriel Deville, demande l'égalité devant les moyens de développement et d'action, c'est-à-dire, l'égalité du point de départ. Or cette égalité n'entraîne, en aucun cas, ni l'égalité d'allure, ni l'égalité au point d'arrivée... loin de réaliser l'uniformité, le socialisme fera germer et accentuera les inégalités naturelles, musculaires ou cérébrales. Ce sont là des différences que, quand même ce serait possible, le socialisme scientifique se gardera bien d'effacer, sachant que cette hétérogénéité est une des conditions essentielles du perfectionnement de l'espèce ». (Préface du *Capital* de Karl Marx, cité par E. Marguery, p. 83.

mêmes leur destinée et que l'État leur doit seulement une aide négative, celle qui consiste à ne pas les entraver dans leurs efforts, dans leurs initiatives, et à ne *pas permettre qu'ils soient entravés par autrui* (1). » Cette aide n'est pas tellement négative du moment que l'État doit *supprimer les causes artificielles*, etc. Ces économistes libéraux ne veulent pas annihiler les initiatives privées qui peuvent se grouper librement pour poursuivre un même but et défendre un intérêt identique. « Au commencement du vingtième siècle, dit M. Béchaux, la liberté du travail et de la concurrence nous apparaît comme un fait général, nécessaire et bienfaisant, mais la liberté n'est pas la licence et nous demandons, avec les moralistes, que le droit national, droit privé et droit public, réprime les abus inséparables de toute liberté. Une législation protectrice des faibles doit se borner à poser des principes et il appartient, croyons-nous, aux collectivités professionnelles d'assurer, suivant les régions ou suivant les industries, une organisation tutélaire des travailleurs manuels(2). » Aussi les voyons-nous regretter que l'exemple de quelques hommes éminents, qui « ont fait appel à l'action volontaire des patrons, quand il s'agit de travailleurs, à celle de la charité privée des classes possédantes, quand on se trouve en présence des

(1) Cité par Marguery, *Le Droit de propriété et le régime démocratique*, Paris, Alcan 1905, p. 81.

(2) Béchaux, *Economistes réalistes*, p. 12.

misères engendrées par l'impossibilité de travailler (1) », ne fut pas suivi et ce que « d'autres, comme Schulze-Delitsch, qui ont surtout cherché à susciter et à éclairer l'initiative des travailleurs, à provoquer le groupement des énergies et des bonnes volontés qui se rencontrent parmi eux (2) », ne fut pas continué et généralisé. M. Colson estime « que le législateur, entraîné par les haines des uns et par les méfiances des autres fait tout ce qu'il peut pour ruiner ces œuvres comme le montrent de nombreux exemples (3) ».

(1) Colson, *Organisme économique et désordre social*, Paris, Flammarion, 1912, p. 23.

(2) Colson, *Organisme Économique et désordre social*, Paris, Flammarion, édit., 1912, p. 23.

(3) Colson, *op. cit.*, p. 24. Il donne comme exemple les économats patronaux, qui permettaient de retenir le prix des fournitures faites dans l'intervalle de deux payes, sur le salaire dû. Sur la récrimination des débiteurs et des petits fournisseurs, la loi a interdit d'abord la compensation entre la somme due et le salaire, puis elle vient de les interdire complètement. Et il constate qu'avant ces lois on prélevait sur le salaire ce qui pouvait assurer la vie du ménage, tandis que maintenant c'est le cabaret qui opère d'abord un large prélèvement sur le salaire payé en argent, ne laissant que de maigres restes au ménage. De même les caisses de retraites patronales permettaient l'entrée en jouissance au moment variable où l'invalidité commençait pour chacun, où le patron reconnaissait qu'il vaut mieux pour lui payer à l'ouvrier dont l'âge diminue — le rendement — un demi-salaire de retraite qu'un salaire entier d'activité. Et malgré que les Compagnies de chemins de fer assuraient à leur personnel des avantages bien supérieurs à ceux que l'État assure à ses propres agents

Il pense qu'il aurait fallu tenir compte de ce qu' « il est de l'essence de toute œuvre d'initiative privée, de ne se développer que peu à peu, d'être locale, particulière, de ne point trouver partout les concours nécessaires et de ne pas réussir également entre toutes mains et dans tous les cas. Il est de l'essence aussi des œuvres sociales libres d'exiger un accord et une entente qui ne peuvent se réaliser partout et qui vont à l'encontre de la propagande de division et de haine poursuivie si

une loi spéciale est intervenue pour aggraver considérablement leurs charges « de manière à bien montrer à quels châtiments s'expose l'employeur assez imprudent pour essayer d'assurer l'avenir de son personnel ». Il avoue qu'il y avait ça et là des excès, mais il trouve qu'il était facile de remédier aux abus réels auxquels pouvaient donner lieu certaines œuvres patronales, par des mesures de police sur la vente des boissons pendant le travail, par un droit à une indemnité pour l'ouvrier renvoyé sans motif bien établi aux approches de la retraite. On a préféré interdire les uns, soumettre les autres à des règles étroites, rendant leur fonctionnement impossible... Colson, *op. cit.*, p. 24-25. De même, il constate qu'on fausse l'idée des associations coopératives. Elles « sont des œuvres de fraternité, qui ne peuvent prospérer que grâce à une entente réalisable seulement entre personnes choisies, on veut leur donner un développement, une organisation fédérative qui font d'elles les plus grands des grands magasins, c'est-à-dire, d'immenses établissements dans lesquels toute collaboration effective des associés disparaît, et on s'efforce en même temps, par des faveurs fiscales et des subventions, de les transformer en un moyen de fausser les prix avec le concours du fisc, de tuer les entreprises privées ». Colson, *op. cit.*, p. 26.

activement de nos jours (1). » Et ainsi, l'intervention conditionnelle de l'Etat est non seulement déplacée, mais encore néfaste et va à l'encontre des intérêts de ceux qu'elle prétend défendre. Naturellement le législateur peut exiger l'interprétation la plus avantageuse à l'ouvrier lorsque le contrat est muet ou pas clair, et il fera bien, et on l'approuve. Mais pourquoi abuser des nullités d'ordre public ? Pourquoi chercher à interdire tout accord qui ne répond pas à son idéal sous prétexte de protéger le plus faible des contractants ? Pourquoi empêcher, en principe, les intéressés de régler leurs rapports d'après leurs convenances personnelles ? Ne voit-on pas dès aujourd'hui que celui qui, ayant à supporter des charges exceptionnelles, voudrait augmenter la durée de son travail, n'y arriver qu'avec peine et quelquefois au risque même d'une condamnation pénale ? Et enfin pourquoi fermer les yeux sur le trouble, auquel toutes ces lois, condamnent déjà l'industrie et le commerce ? Ne sait-on pas qu'avec les lois sociales, les lois protectrices de l'hygiène, les lois contre les falsifications des denrées et les responsabilités qu'elles instituent pour des faits non intentionnels, aucun commerçant ou fabricant ne peut se juger comme étant à l'abri de poursuites ?

Ce réquisitoire nous explique pourquoi ils trouvent que ces règlements dits protecteurs ne peu-

(1) Colson, *op. cit.*, p. 23.

vent porter que sur des mesures de détail, souvent, plus nuisibles qu'utiles. C'est pourquoi ils jugent que lutter contre ces lois et ces règlements faits dans un esprit de partie et pour des circonstances souvent passagères, c'est lutter pour la civilisation et pour le bien-être de ceux que ces lois prétendent défendre : « Nous ne doutons pas, quant à nous, dit M. Colson, que lutter contre le socialisme et contre toutes les prétendues réformes sociales qui en préparent l'avènement, ce soit lutter pour le salut de tout ce qui fait la noblesse, la grandeur, la beauté de la civilisation. C'est en même temps lutter pour le bien-être matériel des hommes; nous ne parlons pas seulement du luxe de quelques-uns, mais plus encore du nécessaire de tous, qui sera singulièrement compromis le jour où la production ne sera pas stimulée par l'aiguillon de la concurrence et où l'initiative privée aura été soit supprimée par le monopole de l'Etat, soit découragée par son intervention constante (1). »

(1) Colson, *op. cit.*, p. 45. — Le 7 mai 1907, M. Viviani, ministre du travail d'alors, déposa sur le bureau de la Chambre un projet de loi pour créer des inspecteurs-ouvriers, chargés de signaler : 1^o les dangers et les causes d'insalubrité que peuvent présenter les exploitations pour le personnel qui y est employé ; 2^o En cas d'accident, les conditions dans lesquelles cet accident se serait produit ; 3^o Les infractions aux lois, décrets et arrêtés réglementant le travail. Ces inspecteurs sont élus par les ouvriers et ce sont les patrons qui payeront ces délégués chargés de les surveiller. Ces inspecteurs devront visiter deux fois par mois tous les locaux de travail faisant partie de leur

On comprend que nous ne pouvons pas entrer dans les détails de la législation ouvrière, il nous suffit de remarquer que tous les pays s'en occupent activement. L'Allemagne a une politique sociale autoritaire et centralisatrice. En France et en Suisse cette politique est hésitante et indécise, variant ici suivant les manifestations populaires, là, suivant les conceptions changeantes du gouvernement, du Parlement et de l'opinion. En Angleterre et aux Etat-Unis des puissantes *trades-unions* défendent les intérêts des ouvriers. Chacun de leurs membres, ayant pleine conscience de sa force et de son indépendance, compte sur lui et sur l'association pour l'amélioration de sa destinée. En Belgique, on tient encore en principe à la liberté, à laquelle on veut rester fidèle et l'Etat n'intervient en général que lorsque l'initiative chez les particuliers ne peut ou ne veut atteindre le

circonscription. Leurs observations seront consignées sur un registre mis constamment à la disposition des ouvriers. Ce projet a produit dans les milieux industriels une vive émotion. Dans une de leurs dernières assemblées, les représentants des industries textiles de France, ont énergiquement combattu cette innovation. M. Carmichael, président, disait avec vigueur : « Ce projet porterait le dernier coup à l'autorité et à la liberté du patron. Nombreux parmi nous seraient ceux qui, ayant réalisé une indépendance suffisante, quitteraient les affaires, celles-ci ne pouvant plus offrir aucune sécurité dès lors que leur direction échapperait aux chefs d'établissement. » Ce projet fut d'ailleurs vivement combattu dans tous les milieux et nous pensons qu'il n'a aucune chance d'être voté.

but voulu. Pourtant personne ne peut nier qu'à l'heure actuelle la tendance générale marque, de plus en plus, sa préférence pour l'intervention de l'Etat. Aussi les libéraux prennent-ils souvent la Belgique comme exemple. Le Gouvernement Belge a maintes fois précisé son programme en ces termes : « Nous demeurerons fidèles à la liberté, lorsqu'elle pourra sauvegarder à la fois l'intérêt des forts et le droit des faibles, mais nous ferons appel à l'intervention du pouvoir lorsque le devoir social ne sera pas suffisamment compris, et nous agirons alors avec prudence, dans l'intérêt de tous, pour la conservation et le progrès de la société. »

Un exemple fera mieux voir les différences entre toutes ces législations. Prenons celui du travail de l'adulte. De très vives critiques sont adressées par les libéraux contre toute idée de sa réglementation, surtout lorsque le travail de l'homme, seul, est en jeu. En 1908, une discussion très animée, s'engagea entre partisans et adversaires de ce principe, à l'occasion du rapport déposé(1) par M. Godart, député. M. Yves Guyot, le plus fougueux adversaire de l'intervention législative, attaqua immédiatement ce rapport (2), le disséqua et chercha à montrer que ses conclusions atteignent les droits de l'ouvrier comme du patron et mettent l'industrie française dans une

(1) Chambre des députés, annexe au procès-verbal de la séance du 21 mars 1907.

(2) Société d'Économie politique, séance du 5 févr. 1908.

infériorité indiscutable vis-à-vis des autres nations ; il prétendit que ce projet n'est qu'une application du programme socialiste, tel que les disciples de Karl Marx l'ont rédigé, que sous prétexte d'empêcher des abus, on envenime la lutte des classes en accroissant l'antagonisme et en excitant les haines. M. J. Godart, député de Lyon, directement mis en cause, partisan convaincu de l'intervention législative dans le domaine du travail, reprit une à une toutes les objections formulées par son contradicteur et conclut que cette intervention est nécessaire « pour donner satisfaction aux exigences d'une démocratie laborieuse, dont les membres veulent avoir le loisir d'être des citoyens ». Pour cela, il faut que la journée du travail soit plus courte que celle que fixe le décret-loi du 2 septembre 1848. Le gouvernement proposait la fixation de la journée à dix heures.

A peine ce projet fut-il connu que tous les adversaires de la réglementation du travail se soulevèrent. C'est là, disait-on, du pur socialisme, la négation des droits primordiaux de l'individu, la méconnaissance d'une liberté fondamentale, c'est un retour aux abus de l'ancien régime, c'est méconnaître le véritable esprit de la Révolution qui en proclamant la liberté du travail avait entendu émanciper l'ouvrier. N'est-ce pas Camille Desmoulins qui, au lendemain de la nuit du 4 août écrivait dans le *Vieux cordelier* : « O nuit heureuse pour l'artisan dont l'industrie est libre... Aura une boutique qui pourra. Le maître tailleur, le maître

cordonnier, le maître perruquier pleureront, mais les garçons se réjouiront et il y aura illumination dans les mansardes (1). »

Tout cela nous paraît un peu exagéré. La question est vraiment délicate, elle intéresse des milliers d'ouvriers, des milliers de producteurs en même temps que la richesse du pays.

La loi fut votée par la Chambre le 5 Juillet 1912 après de longues discussions qui ont fini par y introduire des dérogations importantes et nombreuses, surtout au profit des industries exigeant un travail ininterrompu et des petits industriels ou commerçants. Aussi les syndicalistes et les socialistes ne sont pas contents. La *Bataille Syndicaliste* déclare que c'est « un grand coup de pic dans le projet, pourtant si inoffensif. » et M. Lauche s'écrie dans l'*Humanité* que « C'est la mise hors la loi de plus de deux millions d'ouvriers ! » M. E. Fournière les rassure en affirmant que c'est onze cent mille qui n'en profiteront pas. Il ajoute que c'est contre la classe moyenne qu'il faut agir. Ceci doit éclairer ceux qui s'allient aux socialistes en pensant qu'ils agissent dans l'intérêt de la démocratie et contre la classe riche seulement : « Il faut que la classe ouvrière le comprenne bien, dit-il, c'est la démogagie de la classe moyenne qui règne et qui gouverne et c'est contre ce fait qu'elle a à réagir. Bien plus que le capitalisme proprement

(1) Rapport du projet, p. 39.

dit, bien plus que la grande industrie et le négoce organisés, les petits établissements commerciaux et industriels sont des obstacles à l'amélioration des conditions du travail. C'est parmi ceux-ci que les lois sur le travail des enfants et des femmes, sur l'hygiène et la sécurité des ateliers, sur le repos hebdomadaire, rencontrent le plus de difficultés dans leur application. Le petit établissement est, à proportion, chargé de plus de frais généraux que le grand, dont il ne peut soutenir la concurrence sur le marché qu'en diminuant le salaire, ou en allongeant la journée du travail, ce qui est une autre manière de la diminuer. C'est lui qui sollicite toujours le maximum de dérogations aux lois sociales ; bien souvent, les grandes entreprises ont devancé la loi pour s'assurer un personnel qualifié, en tout cas, elles l'enfreignent bien moins et moins souvent que les petites... Ainsi l'ouvrier a intérêt à donner la journée de travail la plus courte pour le plus fort salaire, tandis que, pour lutter contre son gros concurrent mieux outillé, le petit patron a un intérêt inverse beaucoup plus grand que celui-ci, qui peut se rattraper sur une invention ou une économie de frais généraux... Ce qui rend difficile l'application des lois sociales, c'est que nous sommes un pays de petites industries, en regard de nos voisins, du Nord et de l'Est (1). »

Après ce socialiste de marque qui nous indique

(1) V. *La Dépêche de Toulouse*, du 1^{er} avril 1912.

que ce sont les petits commerçants et les petits industriels, qui souffrent le plus de cette législation, et que ce sont eux qui forment la majorité de ceux qui la supportent, voyons ce que pense de cette loi M. L. Bourgeois, ministre du travail d'alors : « Il y a deux jours, dit-il, la Chambre a voté la loi de dix heures qui avec les dérogations et les délais nécessaires pour permettre à l'industrie nationale de supporter sans fléchir les charges de la législation nouvelle, assurera enfin au travailleur cette marge de repos, cette réserve de forces indispensable à la conservation de sa santé, et, par suite, à la santé, au bien-être de tous les siens (1) ». Et *Le Temps* qui soutient les idées des libéraux trouvent que ces paroles portent « la marque de cet esprit élevé et quelque peu mystique » et continue en disant qu'il ne partage pas sur la question des lois protectrices des travailleurs « les généreuses illusions de M. Léon Bourgeois ».

Et maintenant voyons ce que les lois des autres pays ont fait pour résoudre cette question.

En Allemagne, aucune limite maxima n'est fixée, par la loi à la journée de travail, mais en fait cette journée ne dépasse pas une moyenne de dix heures (2). En 1891, on a ajouté à l'article

(1) V. *Le Temps* du 8 juillet 1912. Discours de M. Léon Bourgeois prononcé à Caen, à la séance de clôture du Congrès de la Fédération des Sociétés de secours mutuels de Normandie, le 7 juillet 1912.

(2) V. J. Godart, rapport cité, p. 54.

120 du Code industriel allemand, un alinéa 3 ainsi conçu : « Dans les industries où la durée du travail quotidien est excessive et devient un danger pour la santé des travailleurs, le Conseil fédéral peut fixer, le commencement, la fin et la durée du temps de travail et prescrire des pauses ». En Autriche, la journée légale de travail est fixée, par la loi du 8 mars 1885 ; elle est de onze heures. Mais en fait, plus que la moitié de ceux qui en bénéficient ne travaillent que dix heures au plus. La journée de huit heures est assez répandue dans l'industrie métallurgique et des carrières. En Suisse, la journée légale est de onze heures. En Angleterre, elle varie suivant les industries, elle est de dix heures dans l'industrie textile et de dix heures et demie dans la plupart des autres industries. En fait, la journée est de huit heures dans nombre d'établissements où on a constaté que la diminution de la durée avait pour compensation l'intensité du travail (1).

(1) Le même fait a été constaté en France. C'est ainsi que les directeurs de la cristallerie de Baccarat déclarent : « il y a quelques années nos ouvriers travaillaient douze heures par jour. *Contre leur gré*, nous avons réduit à dix heures la présence à l'atelier. Le travail est devenu plus intense et leur gain final, par conséquent la production de l'usine ne s'en sont pas ressentis. » Le même témoignage est apporté par M. Peugeot, de Valentigney : « Nous sommes depuis longtemps convaincus, écrit-il, qu'il faut même dans l'intérêt des patrons, ménager l'ouvrier autant que possible. Aussi, depuis bon nombre d'années, ne travaille-t-on que dix heures par jour dans notre fabrique, et

En Belgique, la question a été officiellement étudiée. Le 8 août 1906, M. le ministre du travail de Belgique soumettait au Conseil supérieur du travail, la question du travail des adultes. Une commission fut nommée pour étudier la question, qui, ne se contentant pas des documents que mettait à sa disposition l'office du travail, fit une enquête auprès des conseils de l'industrie et du travail dispersés dans toutes les régions du pays. Cette commission présenta, après cette enquête approfondie où les ouvriers furent entendus, les deux résolutions suivantes au Conseil supérieur du travail :

Considérant que la fixation d'une norme générale du travail n'apparaît point comme le moyen le mieux approprié au but poursuivi ; que de sa nature, *l'abus* résultant de la durée du travail constitue une notion toute relative et varie d'après la diversité des occupations, que l'excès n'est pas atteint au même moment dans toutes les industries, par ces motifs le Conseil supérieur du travail

tout le monde y gagne. » Enfin le rapport de la Commission supérieure du travail pour 1906 constate que pour les ateliers, où travaillent les adultes pendant dix heures seulement avec des femmes et des enfants : « les conclusions générales des inspecteurs sont que l'équilibre de la production, un instant rompu par suite des réductions successives de la durée du travail des ateliers mixtes, n'est pas loin d'être rétabli, grâce à la fois aux efforts de l'ouvrier et au perfectionnement de l'outillage. » (V. J. Godart, rapport cité, p. 31).

estime qu'il n'y a pas lieu de fixer par la loi, d'une façon générale, la journée normale de travail des adultes, mais que dans les industries où la durée du travail constituerait un danger pour la santé des travailleurs, il est légitime que le législateur intervienne pour parer à ces abus.

La seconde résolution donne ce droit d'intervention au pouvoir exécutif, estimant ainsi que c'est une manière de police qui doit être exercée. Voici le texte de cette résolution :

Considérant que les règlements généraux peuvent être modifiés étendus ou restreints, à l'inverse de la loi, qui est stable et peut difficilement être modifiée d'après les besoins ; que d'ailleurs, dans l'étude des faits, la constatation des abus, la recherche des mesures à prendre, le gouvernement peut être utilement secondé par l'avis d'autorités compétentes ; que semblable procédure a été consacrée, avec succès par plusieurs lois antérieures ; par ces motifs, le Conseil supérieur du travail estime qu'il y a lieu de déléguer au pouvoir exécutif le droit de limiter la durée du travail en cas d'abus, moyennant la consultation *obligatoire* des Conseils de l'industrie et du travail, du Conseil supérieur du travail et du Conseil supérieur d'hygiène publique.

Ces deux résolutions furent adoptées par le Conseil supérieur du travail, elles ont été critiquées par les partisans comme par les adversaires de la législation du travail. Nous les approuvons, au contraire, et nous trouvons qu'elles sont dans le

vrai en refusant une réglementation nationale une forme. Nous trouvons que l'intervention de l'Etat est un moyen bon ou mauvais suivant les cas. Parfois c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit, souvent c'est le phénomène contraire qui se produit. La liberté illimitée aboutit à la violation des droits individuels. On prétend que la liberté du travail est le droit de contracter sans aucune intervention légale. Deux personnes majeures, nous dit-on, ne sont-elles pas libres de faire les conventions qui leur plaisent et qu'elles jugent utiles ? Et l'ouvrier, s'il est mécontent, n'a-t-il pas la faculté de changer de maison ? Et le patron n'a-t-il pas un intérêt évident à ne pas pousser à partir les bons ouvriers, toujours assurés de se recaser aisément en dehors des moments de crises exceptionnelles ?

Cette conception de la liberté du travail nous semble critiquable, en fait comme en droit.

En fait, l'expérience nous montre tous les jours que patrons et ouvriers ne sont pas dans des conditions d'égalité et que souvent le capital impose à la main d'œuvre des conditions de travail attentatoires à la santé et à la dignité de l'ouvrier. La liberté illimitée du travail conduit à l'anarchie industrielle par suite de la concurrence effrénée que se font les producteurs de tous les pays.

En droit, on invoque la liberté des conventions, mais comment peut-on soutenir sérieusement que la loi civile, qui réglemente le contrat de vente, de

louage de choses, de prêt à intérêt, etc.. ne doit pas le faire pour le contrat de travail ? Peut-on admettre que la violation de la dignité humaine soit légitime, parce que le travail de l'adulte est en cause ?

Seulement nous pensons aussi que la question est trop délicate et se présente sous des aspects variés. Qu'il faut avant tout chercher si ces abus ne peuvent pas être combattus par les associations ouvrières elles-mêmes et par leurs syndicats. Pourquoi attendre tout du gouvernement et fixer toujours sur lui nos regards implorants ? Nous trouvons même que ces associations peuvent devenir si fortes que l'équilibre serait rompu dans l'autre sens. Et nous concluons que l'intervention législative ne doit se produire que lorsque tous les autres moyens auraient été impuissants. C'est une affaire de tact et de mesure et les solutions peuvent varier suivant les milieux et les besoins généraux de l'industrie mise en cause. C'est pourquoi nous approuvons pleinement les résolutions prises par le Conseil supérieur du travail Belge qui tiennent compte de tous les intérêts qui puissent être touchés ?

II. Modification du contrat par les Tribunaux

En face d'un contrat valable à tous les points de vue, le juge, en principe, ne peut qu'ordonner son exécution sans aucune modification. Dans son

interprétation, il doit rechercher la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes (art. 1156). Une clause est douteuse, il doit l'interpréter pour ce qui est d'usage dans le lieu où le contrat est passé (1159). Ce qui est susceptible de deux sens doit être pris dans celui qui convient le plus à la matière du contrat (1158). Entre deux sens qui conviennent, il doit choisir celui avec lequel le contrat est susceptible de produire quelque effet (1157). Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation (1162). Le juge doit aussi suppléer aux clauses dites d'usage, quoiqu'elles ne soient pas exprimées dans le contrat. Enfin toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier (art. 1161).

D'après ces articles, le devoir du juge paraît si simple, qu'il semble qu'il puisse le remplir d'une façon à peu près mécanique. Ces articles reproduisent les mêmes termes employés par la doctrine classique pour traiter du pouvoir du juge d'interpréter la loi (1). En effet, elle considère

(1) C'est ainsi que lorsque grâce aux déductions et aux syllogismes les plus subtils sur le texte même de la loi on aura découvert la véritable pensée du législateur (ou plutôt ce que l'on croira être cette véritable pensée), on se trouvera en présence d'une volonté impérative qui s'appliquera telle quelle. « Les interprètes modernes, dit Laurent, ont devant eux un Code qui lie tous les citoyens, qui

que tout contractant est son propre législateur et nous avons vu les individualistes soutenir que la force de la loi vient de son origine contractuelle. Cependant, en fait, les choses ne se passent pas ainsi. Dès la promulgation du Code, la jurisprudence a montré une volonté tenace et louable de s'affranchir de ce cercle étroit dans lequel on voulait l'enfermer. Elle a réussi, non seulement à éluder des clauses expresses d'un contrat, mais aussi à écarter des textes formels de la loi. Dans les deux cas elle est donc arrivée à créer ou à modifier un droit au profit de quelqu'un. Mais comme cela est en contradiction avec sa mission

lie même le pouvoir judiciaire. Le magistrat et le juriconsulte sont enchaînés par les textes... le législateur a parlé et lui seul peut modifier la loi, lui seul peut créer le droit ». Laurent, *Principes du Droit civil français*, Bruxelles, t. I, 1869, §§ 273 et 274 ; presque tous les traités de droit civil (à l'exception peut-être unique de l'ouvrage de M. Planiol) sont conçus dans le même esprit. Ce qui a permis à M. Liard d'écrire : « Le droit, dit-il, c'est la loi écrite. Partout, la tâche des facultés de droit est d'apprendre à interpréter la loi. Il en résulte que leur méthode est déductive. Les articles du Code sont autant de théorèmes dont il s'agit de démontrer la liaison et de tirer les conséquences. *Le juriste pur est un géomètre : l'éducation purement juridique est purement dialectique.* La grande affaire du magistrat ou de l'avocat est de débrouiller le lacis des affaires et d'en rattacher les éléments à telle ou telle des règles posées par les lois. C'est la résolution d'un problème. » E. Liard, *L'Enseignement supérieur en France de 1789 à 1893*, t. II, 1894, p. 397 ; Cf. E. Boutmy : « Les rapports et les limites des études juridiques... » dans la *Revue Internationale de l'Enseignement*, 1889, t. XVII, p. 222-223.

légale, elle n'a pu dire qu'elle innovait ; elle déclarait au contraire qu'elle appliquait la loi ou la volonté des contractants. Ces modifications se produisent donc d'une façon indirecte.

Dans ces derniers temps, des théories nouvelles sur le rôle que doit jouer la jurisprudence ont été discutées et affirmées. Les arguments invoqués pour étendre ou limiter le pouvoir d'interprétation jurisprudentielle sont en principe les mêmes, qu'il s'agisse d'une loi ou d'un contrat. Mais avant d'étudier ces théories, n'oublions pas deux cas où la jurisprudence modifie le contrat d'une façon directe en l'avouant et non en s'abritant derrière un texte quelconque, ou une soi-disant volonté commune des parties contractantes. C'est ainsi que les tribunaux se reconnaissent le pouvoir de réduire le salaire promis du mandataire quand il leur paraît excessif (1). Ils considèrent que c'est une extension de leur pouvoir d'accorder un salaire au mandataire, si les circonstances sont telles que le mandat doit nécessairement être considéré comme salarié. Il en est ainsi dans le cas où le mandataire « fait profession de s'occuper des affaires d'autrui » (Cass. 15 juillet 1896, D. 96-1-561). Pour illustrer ceci d'un exemple, que nous trouvons dans Planiol, disons qu'ils accordent des honoraires à un avoué mais non à

(1) Cass. 13 mai 1884. D. 85-1-21 ; Cass. 24 févr. 1891, D. 91-5-336 ; Cass. 27 janvier 1908, D. 1908-1-155. Comp. Montpellier 6 février 1893. D. 94-2-212.)

un notaire. Ce dernier doit établir l'existence d'une convention expresse ou tacite lui attribuant un salaire, quand il a rempli un mandat pour le compte d'un client (Cass. 1^{er} déc. 1891, D. 92-1-209). Les individualistes concluent que l'intervention du juge ne doit que suppléer la volonté présumée des parties, et que dans ce cas seulement elle est fondée. C'est pourquoi ils jugent sévèrement les décisions qui réduisent le salaire convenu par le contrat. M. Planiol trouve que « c'est une exception aux principes que rien ne justifie », que cette jurisprudence « met les particuliers sous la tutelle des tribunaux dans un cas où la loi leur reconnaît cependant pleine liberté (1). »

(1) Planiol, t. II, n° 2236 ; cf. Trib. civ. de la Seine, 16 janvier 1862 : « Attendu que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, dit ce jugement... ; qu'aucune loi n'excepte le mandat de la règle générale, qui fait du contrat la loi des parties contractantes ; que la législation spéciale aux officiers ministériels ou publics qui ont un tarif et qui sont soumis à une certaine discipline ne saurait être étendue aux mandataires ordinaires... , dont les rapports avec leurs mandants restent sous l'empire du droit commun et des conventions particulières ». Et la Cour confirma par simple adoption des motifs. D. 63-2-164 ; v. aussi Trib. civ. Toulouse, 31 janvier 1905, la loi, 30 mars 1905, cité par J. Perrin, *Essai sur la réductibilité des obligations excessives*. Thèse, Paris 1905, p. 137. — M. J. Perrin trouve que la Cour de Cassation depuis un arrêt rendu le 9 janvier 1867 (D. 68-1-54) par la Chambre civile présidée par M. Troplong établit définitivement sa jurisprudence avec une décision fondée sur le principe de la gratuité du mandat. La jurisprudence se fonde subsidiairement sur le principe de la nécessité de

L'article 1780 complété par la loi du 27 décembre 1890 leur donne une autre occasion pour affirmer leur pouvoir d'intervention. Cet article décide que dans le contrat de louage de service fait sans détermination de durée, les parties ne peuvent renoncer à l'avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts. Le législateur voulait empêcher les patrons d'obliger leur personnel à renoncer d'avance, par une clause expresse du contrat, au droit de demander une indemnité. Mais la loi n'a pas prévu le cas où on prétendrait vouloir fixer le montant de cette indemnité et c'est là que les tribunaux jugent leur intervention nécessaire, afin que des fixations dérisoires ne rendent la loi inopérante. Ils exigent donc en cas de convention que le chiffre choisi soit sérieux. (Trib. com. Seine. 9 septembre 1892. D. 93. 2. 545. — Comp. D. 95. 1. 249). Ils reconnaissent d'ailleurs que ce pouvoir d'appréciation ne joue que dans les cas où le renvoi est brusque et illégitime. La convention est donc pleinement valable lorsqu'elle vise le cas où la résiliation du contrat,

la cause dans les obligations. Le seul fait que le salaire promis est exagéré, eu égard au service rendu par le mandataire donne droit à réduction. V. Perrin, *op. cit.*, p. 141, s. — Cette jurisprudence est aussi condamnée par M. Huc, qui trouve qu'il est « peu de solutions aussi arbitraires et méconnaissant plus ouvertement la volonté de la loi. » *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. XII, n° 19, p. 32. Cette opinion est partagée par presque tous les auteurs.

loin d'être arbitraire, serait motivée par une cause légitime et ne donnerait pas lieu à indemnité en vertu de la loi (Cass. 15 février 1899. D. 99. 1. 367).

Revenons maintenant à la question plus importante de l'interprétation des contrats en général.

Nous avons vu que d'après la doctrine classique la question semble être des plus simples : « l'interprète d'un acte juridique privé doit rechercher avec le plus de soin possible l'intention véritable de l'auteur ou des auteurs de cet acte, et s'y conformer » (1). C'est là « la règle des règles » dit Demolombe (2).

En effet, disent-ils, du moment que c'est la volonté qui est la source et la mesure du contrat et même du droit, c'est à elle seule qu'il faut s'attacher pour déterminer les effets d'un contrat. Si on leur dit que l'article 1134, alinéa 3 parle de la bonne foi, que l'article 1135 dit, que les conventions obligent à ce qui y est exprimé et encore à toutes les suites qu'exigent l'équité, l'usage ou la loi, ils répondent que la bonne foi n'est que le respect de l'intention initiale qui a présidé à la formation de l'obligation (3), qu'on doit voir dans

(1) G. Dereux, *L'interprétation des actes juridiques privés*. Thèse Paris 1905, p. 1.

(2) Demolombe, t. XXV, n° 1 et s. ; cf. Aubry et Rau, t. IV, § 347, 5^e édit. ; Huc, t. VII, p. 243 ; Capitant, *Introduction*, 1^{re} édit. p. 301, etc.

(3) V. Aubry et Rau, 5^e édit., t. IV, p. 563 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. I, p. 319.

l'article 1135 des effets de l'intention tacite des parties. « La loi, dit Laurent, ne fait que prévoir ce que les parties ont voulu » (1). Ce qui le prouve c'est que ses règles sont interprétatives et peuvent être écartées par la volonté des parties. S'ils ne le font pas c'est qu'ils acceptent ce qu'a fait la loi pour eux. De même « la force de l'usage, disent MM. Lyon-Caen et Renault, dérive de la volonté présumée des parties » (2). L'équité est, pour la doctrine classique, un mot bien vague et dont il faut se défier. « Dieu nous garde de l'équité des parlements ! Ce cri de la conscience publique, dit Laurent, révèle l'esprit de nos lois modernes » (3). M. Gény constate chez ces auteurs une répugnance à faire intervenir l'équité « pour combattre les lacunes de la loi écrite et s'ils lui font une concession quelconque, cette concession n'est faite qu'à regret comme inévitable, et l'on cherche à en diminuer la portée en se persuadant, plus ou moins sincèrement, que l'équité elle-même, se rencontrera toujours, au moins en germe, et par voie d'induction, dans la loi elle-même (4) ».

Pour déterminer les effets du contrat, on n'a

(1) Laurent, t. XVI, p. 244 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. I, p. 320.

(2) *Manuel du droit commercial*, 8^e édit., p. 12. D'ailleurs la doctrine classique, n'a voulu jamais reconnaître la coutume comme source de droit. V. Gény, *Méthode d'interprétation*, pp. 30-32 et p. 276 et s.

(3) Laurent, t. XVI, p. 240.

(4) Gény, *Méthode*, p. 33.

donc que la volonté ou la commune intention des parties. Et comme l'intention des parties est chose éminemment variable, qui change avec les individus et les circonstances, il ne faut pas s'étonner. si des clauses identiques donnent des résultats bien différents ; car ce n'est pas aux termes employés qu'il faut s'attacher, mais à la volonté interne de leurs auteurs. Ainsi « ce qu'on a déclaré vouloir peut n'avoir pas été réellement voulu. Celui qui prétend qu'il en est ainsi doit le prouver ; cette preuve faite, la déclaration de volonté ne saurait avoir aucun effet juridique » (1). Les termes employés par les parties ne sont qu'une preuve qui peut être combattue et écartée comme toutes les autres preuves. Naturellement dans la plupart des cas, et faute de preuve contraire, le juge s'en tiendra à la volonté exprimée, et c'est ce qui fait que la jurisprudence peut être constante sur l'explication d'une clause déterminée.

Remarquons enfin, que cette théorie se montre logique en n'admettant aucun contrôle de la Cour de cassation en matière d'interprétation des contrats ; les volontés individuelles, leurs intentions plus ou moins déclarées, sont comme nous l'avons vu des questions de fait, ils varient d'un acte à l'autre et la Cour suprême ne doit pas se mêler des questions de fait.

Les tribunaux appliquent-ils ces idées ? Ne cher-

(1) Windscheid, *Pandectes*, 3^e édit. 1870, § 75, p. 179, cité par Dereux, *op. cit.*, p. 304.

chent-ils pas à les écarter par des moyens plus ou moins détournés ? C'est ce que nous voulons chercher à élucider et c'est ce qui va constituer la meilleure appréciation de cette théorie classique.

Nous avons vu qu'en théorie la Cour de cassation ne doit pas intervenir, dans ces questions d'interprétation de la volonté des parties, comme c'est d'ailleurs son devoir théorique pour toutes les autres questions de fait. S'en tient-elle là ? Ne cherche-t-elle pas par son intervention dans ces questions à mettre de l'unité dans l'interprétation de certaines clauses ou conditions des conventions ?

La Cour de cassation avait commencé par affirmer son droit d'intervention en invoquant l'article 1134 qui dit que la convention est *la loi* des parties. La violation des conventions et la méconnaissance des volontés qui les ont formées constituent donc une violation d'une *loi* et la Cour doit intervenir pour la faire respecter (1). Il y avait là sûrement un danger. En effet, la Cour interprètera la même clause généralement, pour ne pas dire toujours, dans le même sens, sans s'occuper des autres circonstances ou de la personnalité des parties, elle considèrera « les particuliers comme des êtres abstraits, tous coulés dans le même moule et dépourvus d'individualité. *Les mots, les locutions, auront chacun un sens sacramentel qui sera*

(1) Cass., I Ventôse, an X. D. Répert., Cass., n° 1569.

fixé une fois pour toutes, comme le sont les définitions géométriques. Alors malheur à ceux qui ne connaîtront pas le sens juridique des mots » (1).

Cette manière de voir ne prévalut que durant peu de temps. Les arrêts commencèrent à affirmer qu'« un titre privé n'est pas une loi », qu'il n'y aurait violation de la loi et de l'article 1134, que si le juge après avoir déterminé le sens d'un contrat, d'après l'intention des parties, prétendrait sous un prétexte quelconque pouvoir en modifier les effets. « Attendu qu'il ne peut y avoir violation de l'article 1134 qu'autant que le juge, après avoir constaté l'existence et le sens d'un contrat, croirait pouvoir modifier, sous un prétexte quelconque ce qu'il reconnaîtrait avoir été convenu entre les parties, et non lorsqu'il se borne à fixer le sens d'une convention par interprétation de l'intention des parties ; que, si erronée qu'elle puisse être, une telle interprétation ne constitue qu'un mal jugé qui ne tombe pas sous la censure de la Cour de cassation » (2).

Cependant dès 1858, le procureur général Dupin affirmait le droit de la Cour suprême de faire respecter les clauses des contrats de mariage, quand elles ont *une clarté suffisante*. Ces contrats, disait-il, n'intéressent pas seulement les époux, mais

(1) G. Dereux, *op. cit.*, p. 73-74.

(2) Req., 22 nov. 1865. D. 66, 1, 108, conforme aux conclusions de l'avocat général Paul Fabre; req., 18 juillet 1871, 1, D. 71, 1, 283.

les tiers, la société, et partant l'ordre public(1) ».

Peu à peu, avec hésitation, mais dominée par cette idée de l'intérêt social et de la sécurité générale, qu'entraînerait le respect de la lettre des conventions, lorsqu'elle n'est pas ambiguë, la Cour de cassation intervint de plus en plus pour faire appliquer le texte des actes privés. Le principe reste pourtant le même, c'est-à-dire que le juge du fait est souverain pour interpréter les contrats. Il interprète ! mais pour cela, il faut qu'il y ait quelque chose à interpréter ; et alors si la convention est parfaitement claire, il n'y aurait qu'à l'exécuter. Violer l'intention évidente des parties lorsqu'elle résulte clairement de l'acte, c'est donc violer l'article 1134 et par suite la Cour de cassation doit intervenir (2).

« Si... nous essayons de dégager une règle générale, dit M. Charmont, nous pourrions dire que le juge de fait interprète le contrat lorsqu'il entend dans un certain sens une clause qui peut être entendue différemment. Peu importe alors quel sens il lui donne : la Cour de cassation n'a

(1) Cass., 8 juin 1858, S. 58, 1, 417 et note de M. Labbé dans S. 73, 1, 289.

(2) Cass., 19 juin 1889, S. 90, 1, 112 ; Cf. Cass., 29 février 1888. S. 89, 1, 150 ; Cass., 1^{er} février 1898. D. 98, 1, 88. Tous ces arrêts sont cités avec d'autres par M. Dereux, auquel nous les empruntons. — Voir aussi Charmont, *L'Interprétation des conventions privées échappe-t-elle au contrôle de la Cour de Cassation ?* Rev. crit., 1894, p. 74 et s.

pas à se demander s'il n'eût pas été préférable d'interpréter la convention autrement, mais si l'on se trouve au contraire en présence d'un contrat dont les termes sont *clairs* et *précis*, il n'y a plus d'hésitation possible : si le Tribunal et la Cour d'appel ne le sanctionnent pas tel qu'il est en prétendant l'interpréter, ils le dénaturent » (1).

Ce qui importe surtout de remarquer, c'est que la Cour de cassation, sentant la grande utilité et par suite la nécessité de son intervention, pour contrôler les décisions des tribunaux, même en ce qui concerne les questions de fait, cherche par des moyens détournés à reconnaître aux questions d'interprétation le caractère de question de droit.

Mais alors dans toutes ses interventions la Cour ne va-t-elle pas finir par donner à chaque mot un sens sacramentel comme le dit M. Dereux, puisqu'elle base son intervention sur la clarté suffisante des clauses et termes employés ?

Retenons de tout cela qu'il y eut des cas où malgré la clarté de la convention, le juge de fait passa outre et interpréta le contrat d'après d'autres principes que celui de l'autonomie de la volonté des parties contractantes. Que faire alors dans les hypothèses où les termes employés ne rendent pas l'intention évidente ou dans celles où les parties n'auraient même pas fait une simple allusion au point litigieux soumis à l'appréciation du juge ?

(1) Charmont, *op. cit.*, p. 74.

Comment leur volonté ne serait-elle pas difficile à découvrir ? Et n'a-t-on pas vu des cas où les parties n'avaient même pas soupçonné, la difficulté objet du litige, lors de la conclusion du contrat ? Et alors à quoi vont servir les présomptions signalées aux magistrats pour les aider à découvrir ce qui n'a jamais existé. « Il faut avouer, nous dit M. Aubry, que la logique nous oblige ici à pousser bien loin le respect d'une volonté plus ou moins probable, mais qui, en fait, dans bien des cas n'aura jamais existé à aucun degré ni dans aucun sens » (1). Mais alors, dit-on, le juge doit choisir à leur place le parti le plus naturel pour elles, ce qu'elles auraient vraisemblablement accepté si elles avaient songé à la question. C'est excellent, seulement du moment qu'il y a procès, c'est que les intérêts des parties ne concordent pas, et si, lors de la conclusion du contrat, la difficulté eût été prévue, il est probable qu'elles auraient constaté leur désaccord, et qu'elles se seraient faites des concessions mutuelles pour y mettre fin. Mais jusqu'à quel point chacune d'elles va céder ? C'est là la difficulté qui se pose au juge et c'est ce qui lui permet de faire prévaloir, pour ne pas dire sa propre volonté, une volonté qui, d'après lui, aurait pour elle l'approbation de n'im-

(1) *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*, 1896, p. 743, cité par Dereux, *op cit.*, p. 143.

porte qui s'ils prenaient la place des parties contractantes. On voit, par là, comment le juge arrive à modifier les effets du contrat tout en affirmant qu'il ne fait que respecter la commune intention des parties. Cette constatation amène nécessairement à conclure que la théorie classique, basée sur la seule volonté des parties pour interpréter les contrats, n'est juste et acceptable que jusqu'à un certain point. Elle ne se maintient qu'en se corrigeant et en s'atténuant grâce aux présomptions et aux fictions qui la soutiennent. Et nous avons vu comment ceux qui l'admettent, sont obligés d'écarter et de dédaigner des textes du Code. Nous voulons parler des articles 1134, alinéa 3, et 1135.

La bonne foi n'est dit-on, que l'application du principe de l'autonomie. Peut-on vraiment comprendre et accepter ceci : On exige de moi la loyauté dans l'exécution du contrat parce que je l'ai voulue. Il s'ensuit que si je prouve que ce n'était pas mon intention, on doit respecter ma volonté et obliger l'autre partie à supporter les conséquences de ma mauvaise foi. C'est absurde, pour ne pas dire plus. En réalité, la règle qu'édicte l'article 1134 est *une limite* imposée par la loi à la volonté de chacune des parties ; elle domine cette volonté et la corrige pour la ramener à la loyauté lorsqu'elle s'en écarte. « En vertu de quel *mensonge technique* pourrait-on rattacher cette pénétration de la bonne foi dans l'interprétation

des contrats à une (commune intention des parties) » (1).

Ce raisonnement se répète pour réfuter la prétention de fonder sur la volonté la valeur juridique de l'intervention de l'équité en matière d'interprétation. Vouloir recourir au principe de l'autonomie de la volonté pour justifier le rôle si minime qu'on reconnaît à l'équité en cette matière nous paraît un peu excessif. La fiction dépasse encore ici les bornes. En fait, le juge ne fait appel à la notion de l'équité (2) que dans les situations, que nous avons vues et qui supposent que les parties n'avaient pas prévu l'objet même du litige. Nous avons vu aussi qu'il est impossible de leur attribuer, dans une hypothèse pareille, une volonté quelconque. Le rôle reconnu à l'équité en théorie et auquel le juge déclare généralement s'en tenir est en réalité beaucoup plus important. Les juges pour arriver à faire prévaloir ce qu'ils estiment juste et équitable ne s'arrêtent généralement pas devant une clause du contrat. Ils trouvent toujours le moyen de l'écarter tout en affirmant vouloir obéir à la volonté exprimée des parties. Les contrats dits d'adhésion, où l'une des parties dicte pour ainsi dire le contrat à l'autre, arriveraient à des résultats

(1) E. Gounot, *De l'autonomie de la volonté*, thèse Dijon, 1912, p. 197.

(2) La loi du 25 mai 1858 permet aux tribunaux de paix *de juger en équité* toutes les fois qu'ils statuent en dernier ressort. Leurs jugements ne peuvent, en effet, être attaqués que pour excès de pouvoir (art. 15).

vraiment iniques si on les appliquait à la lettre. Dans ces contrats d'assurance ou de transport, des clauses imprimées qui n'attirent pas l'attention et qui paraissent anodines et inoffensives sont en réalité de véritables armes, entre les mains des grandes sociétés, et qui leur permettent de se soustraire à toute action en indemnité. Aussi de nombreux arrêts essayent de ne pas les appliquer. Ainsi, malgré une clause formelle qui déclarait les primes portables et qui décidait que l'assuré perdrait tout droit à indemnité s'il ne paye régulièrement ces primes, la jurisprudence a décidé que ces primes seraient *quérables* lorsque la compagnie aurait pris l'habitude de les faire toucher à domicile. La jurisprudence ne voulait pas prononcer la déchéance des droits de l'assuré tout en l'obligeant à continuer le paiement des primes pour l'inobservation d'une clause dont la compagnie elle-même, en s'en passant de l'appliquer pendant un certain temps, a poussé l'assuré à la négliger. Mais les arrêts n'invoquaient pas en général la simple équité pour motiver leurs décisions. Ils ont préféré recourir à l'idée que telle est la volonté des parties ; que les compagnies en faisant toucher les primes entendaient renoncer au bénéfice de la clause qui déclarait les primes portables (1). Cette intention prêtée aux compagnies était fictive et la preuve se trouve dans les protestations qu'elles

(1) Cass, 21 août 1854, D. 55-1-366.

soulevèrent et dans le fait qu'elles ajoutèrent, aux contrats qu'elles passèrent, une nouvelle clause stipulant expressément que l'assuré n'avait pas le droit de se prévaloir du fait qu'elles font quérir les primes qui resteraient toujours portables. La volonté des compagnies est claire, mais la jurisprudence, qui trouvait inique d'admettre une solution contraire à celle que nous venons de voir a décidé que cette clause ne visait en réalité qu'une hypothèse particulière, celle où l'encaissement par les agents de la compagnie ne se fait que d'une manière accidentelle, mais qu'une habitude régulière de les faire toucher les rendrait quérables et vaudrait renonciation de la compagnie à invoquer la clause de la police (1).

Aussi les compagnies se mettent à spécifier qu'aucune démarche de leurs agents ne rendra la prime quérable et les tribunaux continuent à écarter cette clause par des moyens détournés. C'est ainsi que la Cour de cassation rejeta un pourvoi en décidant que : « Bien qu'une police d'assurance dispose que les primes sont portables, et qu'en cas de non payement dans les quinze jours de leur échéance, l'effet de l'assurance sera de plein droit suspendu, sans d'ailleurs, que le recouvrement des primes antérieures, que la compagnie aurait fait opérer officieusement au domicile des assurés puisse lui être opposé comme une renon-

(1) Cass. 10 juin 1863. S. 63-1-375 et 31 janvier 1872. S. 72-1-113.

ciation aux dites stipulations, les juges du fait, *par une appréciation souveraine* des circonstances de la cause et de l'intention des parties, peuvent déduire des démarches réitérées faites chez l'assuré par un agent de la compagnie pour le recouvrement de la *seconde* prime restée en souffrance, que, dans l'espèce, la Compagnie a entendu renoncer aux stipulations susvisées, arrêtées dans son seul intérêt. D'où suit l'irrecevabilité de l'exception de déchéance opposée au sinistré (1) » Il n'est donc pas douteux que les tribunaux sans en convenir nettement, sont en contradiction formelle avec les polices d'assurance et la volonté parfaitement claire des compagnies et cela pour une raison d'équité et de bonne foi. Un jugement du tribunal de Dijon fait intervenir directement l'idée de bonne foi et des règles de droit pour repousser les prétentions, de la compagnie ; il s'exprime ainsi : « Le contrat d'assurance est un « contrat » de « bonne foi » dont les conditions générales, en cas d'obscurité de la police doivent être interprétées suivant l'intention des parties et conformément aux règles du droit, et notamment ce contrat étant bilatéral, d'après ce principe que les obligations de l'une des parties ont pour corollaire les obligations de l'autre. *Cette règle serait violée, si l'assureur pouvait à la fois invoquer la déchéance résultant du défaut de paiement d'une prime et*

(1) Cassat. 19 octobre 1904 (ch. civ.) *Gaz. des trib.*, 25 décembre 1905, cité par Dereux, *op. cit.*, p. 177-178.

exiger la continuation du contrat » (1). Ce jugement est beaucoup plus explicite que les autres et montre clairement le but réel qu'il veut atteindre.

L'évolution et les modifications de la jurisprudence lorsqu'il s'agissait d'un accident de travail nous donnent une autre preuve du but réel qu'elle cherchait à atteindre ; la responsabilité patronale devient chaque jour de plus en plus étendue ; la faute qui doit entraîner la condamnation du patron devient tous les jours plus légère. « A mesure que l'outillage devient plus dangereux, on voit l'exigence du juge se faire plus minutieuse. Il ne suffit plus au patron de prendre les précautions que les règlements administratifs lui imposent (2) ; sa vigilance doit dépasser celle des pouvoirs publics. Elle doit aussi dépasser sans cesse celle de ses concurrents, car il se verra reprocher de s'en être tenu aux précautions usitées dans des métiers similaires au sien et de n'avoir pas adopté à son usine les perfectionnements qui se rencontrent dans des industries analogues (3). Un

(1) Trib. civ. Dijon, 31 mars 1898. France judic. 99-2 77, cité par Dereux, *op. cit.*, p. 175, en note I. Nous nous contentons de cet exemple pour montrer la tendance d'une partie de la jurisprudence en matière de contrat d'adhésion, nous renvoyons donc pour l'étude détaillée de cette matière à l'ouvrage cité de M. Dereux, p. 152, S. et Rev. trim. 1910, p. 503, s. et aux renvois qu'il fait.

(2) Paris, 12 mai 1866. D. Rép. V. Ouvriers 96, note 3 ; Orléans, 11 décembre 1890. D. 91-2-383.

(3) Grenoble, 25 janvier 1894. D. 95-2-394.

arrêt lui reproche de n'avoir pas fait preuve d'une prudence exceptionnelle pour son personnel (1) et un autre de n'avoir pas *inventé* pour ses ouvriers un moyen de protection que nul n'avait découvert encore (2). L'industriel est donc chargé d'arracher lui-même à la science son dernier mot (3) ».

Il est certain, quant à l'usage, que la théorie classique n'est exacte que pour les usages dits conventionnels : ces usages varient suivant les circonstances et les causes et le juge ne peut les imposer qu'après s'être assuré que les parties avaient voulu s'y soumettre. Mais dès qu'un usage se fixe et se généralise jusqu'à un certain point, les tribunaux l'imposent toujours en affirmant que son application avait été voulue par les contractants, sans se soucier de la volonté réelle de ces derniers. Comme exemples de ces usages qui deviennent ainsi de véritables coutumes. M. Gounot nous cite trois groupes : « 1^o des coutumes interprétatives, au sens que les Allemands donnent à ce mot (Ex : la plupart des usages généraux de commerce); 2^o des coutumes dispositives, dont bien plus intense est la force juridique (Ex : les usages auxquels renvoie l'art. 1736 C. c.); 3^o Enfin

(1) Grenoble, 6 février 1894. D. 94-2-304.

(2) Req. 7 janvier 1878. D. 78-1-297.

(3) Ch. Robert. *L'œuvre de la jurisprudence dans le domaine des questions sociales*, broch. in-8, Paris 1899, p. 31 et la longue suite d'arrêts qu'il cite en note. D'ailleurs la loi de 1898 exonéra complètement l'ouvrier de la charge de la preuve.

des coutumes proprement impératives, s'imposant aux parties avec une autorité absolue, et dont la seule existence constitue évidemment pour la théorie classique la plus insurmontable des objections (Ex : la coutume qui, avant la loi du 17 mars 1909, obligeait à Paris et dans certaines autres places l'acheteur d'un fonds de commerce à publier son acquisition pour faciliter les oppositions de la part des créanciers du vendeur) (1) ».

Nous venons de voir que la coutume peut s'imposer à la volonté des parties contractantes ; elle arrive ainsi à modifier les effets du contrat. Ceci nous permet de voir sous un nouveau jour l'intervention de la jurisprudence pour interpréter les clauses d'un contrat. En effet, la jurisprudence qui se forme par l'accumulation des arrêts donnant la même solution à la même difficulté finit par s'imposer lorsqu'un litige du même genre se présente de nouveau devant les tribunaux.

La jurisprudence fait-elle partie d'un droit coutumier ? M. Planiol l'admet « Les Cours et les Tribunaux, dit-il, reconstituent perpétuellement, en dehors des Codes et des lois, un droit coutumier de nouvelle formation (2) ». Pour lui, comme pour

(1) Gounot, *op. cit.*, pp. 193-194. — Il est vrai, que certains auteurs, au nom précisément des principes classiques, ont repoussé toute coutume impérative et ont nié le caractère impératif de la règle citée au texte comme exemple. Voyez la réfutation de cette opinion dans Gény, *Méthode*, p. 368, en note 4.

(2) Planiol, *Traité*, 5^e édit., n° 14, p. 6.

M. Lambert, l'essence du droit coutumier est dans l'autorité de la jurisprudence. « La jurisprudence, dit ce dernier, qui devient dans nos sociétés modernes et surtout sous l'empire de la codification, le mode normal de génération extralégislative du droit, quoique déjà moins difficilement saisissable que les formes anciennes de la coutume, présente encore de très réelles difficultés de constatation (1) ».

M. Tarbouriech, dans sa brochure « Du Conseil d'Etat comme organe législatif », parle de la coutume sous la forme moderne de la jurisprudence (2).

Bref, tous ces auteurs s'accordent pour faire de la jurisprudence une branche du droit coutumier, pour ne pas dire la seule manifestation moderne de cette très ancienne source du droit qu'est la coutume. D'autres auteurs et principalement MM. Boistel et Gény s'élèvent contre cette conception.

M. Boistel estime que la coutume doit sa force au « consentement même de ceux qui sont intéressés à l'empêcher de s'établir (3) ».

De même M. Géry refuse à la jurisprudence « la puissance de constituer en elle-même un véri-

(1) E. Lambert. *Etudes de droit commun législatif*, t. I, p. 18.

(2) Tarbouriech, *Du Conseil d'Etat comme organe législatif*, Paris 1894, p. 3.

(3) Boistel, *Revue générale de droit*, année 1879, étude de droit maritime, p. 168.

table droit coutumier». — « Il y manque, en effet, le *substratum* essentiel de la coutume, savoir l'usage des intéressés. Et, d'autre part, si forte que soit la conviction des juristes, on n'y peut voir ce sentiment juridique de la nécessité qui doit émaner de ceux-là mêmes entre lesquels la coutume fait loi (1) ».

Pour eux, le juge ne fait que constater et sanctionner l'usage qui s'est établi en dehors de lui. « Les juges peuvent constater un usage établi en dehors d'eux et s'y conformer ; mais en créer un, jamais.... Leur rôle, s'ils en jouent un, sera purement passif (2) ». Il faut reconnaître qu'il y a un peu d'exagération dans l'affirmation de ces auteurs que l'adhésion de tous ceux qui la souffrent est une condition indispensable à l'établissement d'une coutume. Il nous suffit de leur faire remarquer qu'avant les codifications et sous un régime coutumier, on n'aurait jamais pu imposer une règle quelconque s'il avait fallu pour l'admettre l'adhésion de ceux-là mêmes contre qui on veut la créer.

Il est, en effet, impossible de ne pas constater que « les ardents conflits d'intérêts qui s'élèvent de nos jours entre diverses catégories de membres de la collectivité, par exemple, entre patrons et ouvriers, entre créanciers et débiteurs, ne s'apaisent d'eux-mêmes par des actes réciproques

(1) Génv, *Méthode*, p. 337.

(2) Boistel, *op. cit.*, p. 181. Nous verrons que M. Génv ne va pas jusque-là.

d'abnégation, par une série de concessions mutuelles..... les lois qui, dans le dernier quart de notre siècle, ont en France introduit le divorce, amélioré la situation successorale du conjoint survivant ou des enfants naturels, transformé les bases de la responsabilité des accidents industriels, n'ont été adoptées qu'après de longues et passionnées discussions, malgré l'opposition irréductible d'une notable minorité et leur promulgation n'a pas mis fin aux protestations dirigées contre elles (1) ».

Mais même pour M. GénY, qui n'admet pas « que les jugements puissent normalement constituer les actes d'usage nécessaires à la formation de la coutume (2) », la jurisprudence joue un rôle tellement important que la différence pratique entre son opinion et celle de MM. Planiol et Lambert devient presque insensible à notre point de vue. Il est vrai qu'il assimile la jurisprudence à la doctrine et ne voit dans les jugements que « des opinions isolées, exprimant le sentiment d'individualités plus ou moins marquantes (3) ». Mais il avoue que « les pratiques qui constituent la coutume ne naissent pas toujours spontanément chez les inté-

(1) E. Lambert, *op. cit.*, p. 137-138. D'ailleurs M. GénY, *op. cit.* p. 304 avoue que « la coutume, de nos jours et dans notre pays, se trouve être d'une application relativement exceptionnelle, difficile à rencontrer dans toute sa pureté. »

(2) GénY, *op. cit.*, p. 319, note 5.

(3) GénY, *Méthode d'interprétation*, n° 138.

ressés. Et particulièrement dans une civilisation avancée... il est naturel et presque forcé que l'élaboration coutumière soit préparée par les travaux des juristes. Cela se produit chez nous par l'action combinée et des auteurs... et, *plus encore*, des décisions judiciaires qui, statuant sur des espèces concrètes et, pour ainsi dire, au vif des questions béantes, dirigeront encore plus sûrement le mouvement futur des affaires...» (1) Et ses idées évoluant, il va jusqu'à dire : « à défaut des anciennes causes de la coutume aujourd'hui disparues, n'avons-nous pas, je ne dirai pas comme coutume générale, mais comme source génératrice et toujours agissante d'une semblable coutume, une forte et solide jurisprudence, *dominant* l'opinion juridique des intéressés, capable de former, à côté de la loi et pour la compléter, un courant puissant de création juridique (2). » M. Lambert constate que là « le rôle de la jurisprudence apparaît beaucoup moins effacé... Elle est la source génératrice de la coutume ; elle participe à la création du droit, et surtout elle est dégagée de sa solidarité avec la doctrine (3), » et M. Lambert trouve que la pensée de l'auteur arrive à sa forme définitive dans les lignes suivantes : « la jurisprudence est, chez nous, dit M. Génv, à l'époque moderne, la seule occasion

(1) Génv, *op. cit.*, p. 337.

(2) Génv, *op. cit.*, p. 391.

(3) Ed. Lambert. *Etudes de droit commun législatif*
p. 161.

vraiment féconde, en tout cas la plus fréquente, d'une coutume juridique... Ce n'est pas que la jurisprudence constitue ici une source de droit indépendante, pas plus une coutume *sui generis*. Elle n'apparaît dans ces hypothèses que comme propulseur de la coutume, mais un propulseur tellement indispensable et aux effets à ce point inévitables dans notre état social et politique, qu'il suffit d'une transposition d'idées et presque d'une simplification de formule pour lui rapporter tout le mérite de la création dont elle constitue en fait l'instrument capital (1). »

Enfin, l'article 1135 parle de la loi et il vise naturellement les lois dites interprétatives auxquelles, dit la théorie classique, on peut y déroger, et si on ne le fait pas, c'est qu'on les adopte, c'est qu'on accepte tacitement de s'y soumettre. On en conclut qu'en les appliquant le juge ne fait qu'appliquer la volonté commune des parties. La réalité est toute autre, en fait, on ignore généralement les lois dites interprétatives, et alors, comment pourrait-on vouloir s'y soumettre ? Comment pourrait-on soutenir, que ces lois ont leur force dans la volonté d'une personne qui ne se doutait même pas de leur existence ?

En vérité, tout ce que l'on puisse accepter, c'est que les parties en ne s'occupant que des conditions essentielles et importantes d'une convention

(1) Génv, *op. cil.*, p. 436-437.

entendent, pour ce qu'ils n'avaient pas prévu, faire crédit à la loi comme devant être l'expression de la justice.

D'ailleurs peut-on se soustraire à l'application de ces lois dites interprétatives ? A-t on, seulement le temps, de chercher toutes ces lois, pour décider de les accepter ou de les rejeter en présence des nécessités commerciales et des moyens de communications si rapides qui exigent d'agir vite. En outre, s'il ne s'agit que d'interpréter la volonté concrète des parties n'aurait-il pas fallu laisser ce soin au juge qui serait mieux placé que le législateur pour la découvrir ? « Il n'y a pas, dit Saleilles, d'interprétation légale de la volonté des parties. Dire que la loi interprète par avance une déclaration de volonté est un pur non-sens, ou tout au moins une fiction qui ne se défend plus. Il n'y a pas d'interprétation abstraite d'un fait concret (1) ».

A voir les choses de près, on arrive facilement à reconnaître que le législateur ne cherche pas à remplacer, par ces lois interprétatives, une volonté tacite ou présumée dans chaque cas particulier, mais qu'il veut atteindre le but normal de l'acte comme l'aurait fait « un homme idéal, répondant à ce que la conscience commune considère comme le type de l'homme d'affaires intelligent, probe et loyal... C'est la volonté abstraite de ce représen-

(1) Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 204-205.

tant normal de l'humanité que la loi interprétative consacre (1). » La loi ne prétend donc pas traduire la volonté vraie des parties; elle « marque l'orientation qui est la plus conforme à la conscience juridique de la collectivité » et « aux exigences de l'équité et de la justice sociale (2) ».

Comme nous venons de le voir, la théorie classique, n'est pas satisfaisante, ses effets sont atténués par le texte même de la loi et contredits par la tendance de la jurisprudence.

En effet, le droit n'a rien de commun avec la géométrie ou la logique, dont les abstractions peuvent se développer à l'infini pour le plus grand plaisir de l'esprit dans un « splendide isolement ». Il est une science plus concrète, plus vivante, qui doit se préoccuper des résultats, des effets, des principes qu'elle pose. Or tous les jours nous assistons à l'évolution du milieu pour lequel on crée le droit. De là pour le droit la nécessité d'évoluer, de se modifier, de se perfectionner en même temps que les rapports sociaux qu'il doit régir. Aussi a-t-on essayé de poser d'autres principes et de construire d'autres théories plus ou moins acceptables, pour l'interprétation des contrats.

Esquissons donc les plus importantes de ces théories dont quelques-unes n'admettent le prin-

(1) Gounot, *op. cit.*, p. 186-187.

(2) Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, p. 51.

cipe de l'autonomie de la volonté ni comme fondement ni comme but du droit.

La théorie de l'autonomie de la volonté, pensent ses adversaires, n'explique rien, elle conduit à des résultats contraires à l'équité (1). Comment un homme peut-il se lier volontairement ? « Où est la raison de penser, dit M. Tarde, parce que deux volontés ont été un instant d'accord, qu'elles devront l'être nécessairement toujours, et que la force publique, l'ensemble des autres volontés environnantes, devra sanctionner et garantir cet accord, s'il lui est resté étranger, je ne dis pas même hostile ? Où est la raison de penser que le seul cas où une volonté exprimée devient irrévocable, ne peut plus être rétractée, malgré les changements ultérieurs, même les mieux motivés, de mon vouloir, est celui où quelqu'un, en même temps que moi, a voulu ce que j'ai voulu, et me l'a fait savoir ? (2) »

Pourquoi ma volonté d'aujourd'hui liera ma volonté de demain ? « Demain je peux changer d'avis, demain je peux repousser ce que je dé-

(1) Ces critiques visent la théorie classique de l'autonomie de la volonté dans toutes ses applications. Elles l'atteignent à sa base et dans son fondement. Et si, elles trouvent place dans cette partie de notre travail, c'est que nous croyons indispensable de les exposer avant de discuter les théories nouvelles d'interprétation dont plusieurs n'admettent plus la volonté individuelle comme fondement ni du droit, ni même du contrat.

(2) G. Tarde, *Les transformations du droit*, p. 116.

sirais aujourd'hui, et désirer ce que je repoussais ; demain j'aurai plus d'expérience, et ce serait même alors une volonté d'aujourd'hui qui me dirigerait ! Je serais moralement obligé d'obéir à un passé que je regretterais, que je trouverais peut-être absurde ! » (1).

Pourquoi vais-je être obligé de supporter les conséquences d'une volonté que je ne reconnais plus comme mienne alors qu'on me permet de refuser de me plier à la volonté d'un autre ? « Au moment où l'on dit que ma propre volonté m'oblige cette volonté n'est plus, elle m'est devenue étrangère, en sorte que c'est exactement comme si je reconnais un ordre d'autrui. Recevoir du *pater familias*, du consul, d'un ministre, d'un garde champêtre, un ordre qui me déplaît, ou recevoir de mon *moi passé* un ordre qui ne me déplaît pas moins, où est la différence en ce qui concerne mon intérêt actuel ? Mon vouloir passé, qui n'est plus, mais qui pourtant s'impose à moi, et qu'on peut m'opposer, est comparable à la volonté des aïeux qui dirige les vivants » (2).

On comprend donc que si je ne peux pas lier ma volonté pour l'avenir, il est impossible que je puisse le faire pour un autre. S'il lui plaît de se dégager en me dédommageant de tous les frais que m'a occasionné son engagement, comment vais-je pouvoir maintenir le contrat sous le seul

(1) Idées de Schlossmann dans Dereux, *op. cit.*, p. 328.

(2) G. Tarde, *op. cit.*, p. 121.

prétexte que l'autre l'avait voulu. Et, enfin, comment puis-je dire qu'en obéissant aux lois je ne fais qu'obéir à ma volonté : « J'entends bien dire de toutes parts que nul n'est engagé sans l'avoir voulu, que la reconnaissance de cette vérité est l'une des conquêtes de l'esprit moderne et que, sans l'hypothèse d'un contrat social implicite ou explicite, l'état social s'effondrerait comme le monde des Hindous sans l'éléphant imaginaire qui le soutient. Mais en même temps, on me dit que je dois obéissance à une foule de lois que je n'aurais jamais votées, à une foule de décrets que je n'aurais jamais signés, et je me demande si le sauvage tyrannisé, nous dit-on, par les prescriptions rituelles de sa coutume, astreint au tatouage, aux vendettas héréditaires, au culte de son fétiche, à des usages transmis de père en fils, comme sa langue, et pratiqués comme elle est parlée..., est plus esclave de la volonté d'autrui que ne l'est le plus libre citoyen de nos démocraties, sous le joug appesanti de l'impôt, du service militaire, et sous les innombrables tomes du *Bulletin des lois* » (1).

Ce principe de l'autonomie de la volonté est donc insuffisant à *lui seul* pour servir de base susceptible de rendre les conventions obligatoires ; ses résultats ne sont pas satisfaisants, la preuve en est le recours continuel de ses partisans aux fictions pour expliquer un grand nombre de ré-

(1) G. Tarde, *op. cit.*, p. 113-114.

sultats qu'ils jugent nécessaires et indispensables. M. Tarde nous cite l'aveu de Savigny lui-même. « On a bien essayé, dit Savigny, de faire intervenir dans cette étude (celle des titres au porteur) le droit romain ; et quoiqu'il en soit certain que les Romains n'aient point connu les titres au porteur, on pourrait croire, cependant, que quelques principes de Droit romain sont applicables à l'institution en question. Mais les principes de la représentation ou de la créance à acquérir par une tierce personne ne peuvent s'appliquer ici que d'une manière arbitraire et forcée, puisque chez les Romains, ces principes avaient constamment trait à des personnes déterminées » et Savigny se demande : Quand dans un titre, « le débiteur s'oblige à payer au porteur, quel qu'il soit » cet acte est-il valable ? « Plusieurs auteurs le déclarent valable, d'autres, au contraire, et *des plus autorisés* le tiennent pour nul, et moi-même... *je dois pareillement me prononcer pour la nullité*. Ni la pratique de la jurisprudence, ni l'intérêt des affaires si considérable qu'il soit, ne peuvent certainement faire déclarer valable, à un point de vue abstrait, cette opération » (1). Quand on voit un juriste de cette envergure, remarque M. Tarde, réduit à de telles extrémités par sa logique même, on n'a plus de doute sur l'insuffisance des principes qui l'y ont conduit.

(1) Savigny, *Droit des obligations*, t. II, p. 250, cité par G. Tarde, *op. cit.*, p. 148.

Ces auteurs trouvent que l'admission de la théorie de l'autonomie de la volonté pour justifier la force des obligations est une absurdité : « On a été conduit... dit M. Tarde, à admettre sans réflexion une théorie philosophique des obligations où il n'est tenu compte que du contrat, et où dans le contrat, on ne voit que le concours de deux volontés libres, quelconques, sans nul égard aux exigences impératives, permanentes ou changeantes, du milieu social où elles concourent et qui seul leur a permis de concourir » (1).

C'est ce milieu social représenté par l'Etat, qui, pour G. Tarde, décide du sort des obligations et des engagements suivant l'intérêt et la sécurité que cela lui présente ; l'obligation a sa force dans la loi qui ne la sanctionne qu'en vue de son but et de sa fin et pour obéir à la volonté générale. Si la convention est obligatoire c'est parce que le législateur a fait le syllogisme suivant : « Je veux la paix publique, je veux la prospérité générale ; or je crois que le maintien forcé des conventions de ce genre... peut seul éviter des conflits entre les citoyens, et qu'il assure, dans la moyenne des cas le plus grand avantage de tous ; donc je dois imposer de force leur accomplissement (2) . » Cette idée de l'utilité sociale aura l'avantage d'expliquer toutes les espèces d'obligation juridiques, de donner la raison de la diversité des législations sur la

(1) G. Tarde, *op. cit.*, p. 115-116.

(2) G. Tarde, *op. cit.*, p. 130.

proportion des obligations qu'elles sanctionnent. Cette utilité sociale servira de mesure pour l'intervention du législateur qui « sait très bien qu'il intervient dans la mêlée des intérêts opposés *pour favoriser les uns aux dépens des autres*. (1) »

De même pour Schlossmann (2), la seule raison d'être du droit est de réaliser l'idée de la justice. Pour chercher à se rapprocher de cette idée il faut avoir le sentiment du juste. Pour lui, le contrat, l'obligation ne sont que des mots ; ces prétendus actes juridiques ne sont que des faits semblables aux délits civils ou criminels. Or, en présence d'un délit civil, le juge ne s'occupe que des faits et par application de l'article 1382, il oblige la personne qui a lésé injustement les intérêts d'une autre, à réparer le dommage causé. La situation est la même, lors de l'inexécution d'un contrat par une partie, et le juge doit évaluer d'après le sentiment du juste, dans quelle mesure elle doit réparer le tort causé à l'autre partie. En somme, dans cette doctrine la théorie des actes juridiques n'est et ne doit être qu'une application, pure et simple, de l'article 1382 qui oblige à réparer les préjudices injustement causés. Cette doctrine donne au juge un pouvoir énorme, et en méconnaissant tout pouvoir à la volonté, elle ne lui assigne pas le rôle d'interpréter le droit mais celui de le créer. Le magistrat chargé de rendre la justice devient un

(1) G. Tarde, *op. cit.*, p. 134.

(2) V. Dereux, *op. cit.*, p. 342, s.

arbitre, et non un juge, et son arbitrage est obligatoire pour tout le monde. Il est vrai que dans l'appréciation des responsabilités, il doit chercher si la conduite du défendeur a été *anormale* ; et c'est ainsi « que le système de Schlossmann aboutit d'une manière générale à faire triompher ceux dont la conduite a été la plus normale (1) ».

Une autre doctrine, celle de la déclaration de volonté, arrive aussi à faire triompher les solutions normales en rejetant l'autorité de la volonté individuelle. Elle admet aussi que le juge doit avoir pour guide le souci de l'utilité sociale et de la justice. Cette utilité sociale est atteinte en respectant la volonté déclarée et non la volonté réelle des contractants. Et pour ne pas engager un fou ou un infans par sa déclaration, on distingue « la volonté de déclaration » et « la volonté de l'effet » et on décide que la première est nécessaire pour la validité de l'acte, qu'elle constitue un de ses éléments essentiels. Mais c'est du formalisme ? Non, répondent ses défenseurs, car la déclaration de volonté peut revêtir n'importe quelle forme, elle peut même résulter d'un geste ou du simple silence. Et le juge devra chercher le sens normal de cette déclaration ; s'il y en a plusieurs il en choisira d'après la volonté des parties s'il peut arriver à la préciser ; autrement c'est à l'idée de justice et d'utilité sociale qu'il doit recourir. Le rôle que

(1) V. Dereux, *op. cit.*, p. 352.

joue la volonté réelle des parties dans cette doctrine n'est qu'accessoire et accidentel.

Ces deux doctrines ne sont pas acceptables. Celle qui a pour base le sentiment du juste est séduisante par sa simplicité, mais en attribuant au juge des pouvoirs qui confinent avec ceux du législateur, elle laisse le chemin libre à l'arbitraire et aux passions. Comme tout être humain, vivant dans un milieu social, le juge sera entraîné, par les mouvements changeants de l'opinion et les courants de la politique, il prendra parti sur les questions qui occupent momentanément le pays et alors, il arrive que sans s'en douter, il jugera d'après son sentiment personnel, le confondant le plus naturellement du monde avec le sentiment du juste qu'il devait appliquer. Tous les inconvénients de la confusion du pouvoir législatif avec le pouvoir judiciaire apparaîtront. Et, enfin la loi positive n'aurait qu'une valeur secondaire pour ne pas dire qu'elle n'en aurait aucune. La loi serait formée par une coutume judiciaire qui aura tous les avantages, mais aussi tous les risques de la coutume. C'est simplement un retour en arrière qui nous paraît inadmissible. De même la doctrine de la déclaration de volonté, sans être du formalisme primitif et romain constitue aussi un retour en arrière. Sûrement, elle cherche à assouplir les contrats et à les adapter aux besoins de sécurité qu'exige la célérité nécessitée par la concurrence intensive des temps modernes. Certainement aussi, elle a, en théorie du moins, cet autre avantage

d'empêcher le juge de ne faire triompher que sa propre volonté tout en prétendant que c'est là la volonté réelle de parties. Mais sans nous arrêter à ce qu'en fait, le juge arrivera toujours à faire prévaloir sa volonté en croyant, sans s'en apercevoir, qu'il ne fait qu'appliquer la solution normale, nous ne pensons pas qu'en présence d'une volonté claire et réelle des parties, il puisse avoir le pouvoir de lui substituer une autre, sous prétexte qu'elle est plus normale. Remarquons que ce n'est pas là une supposition de notre part, que c'est au contraire de l'essence même du système. Nous avons vu, en effet, que le juge ne devra recourir à cette volonté réelle, que dans le cas où il y aurait plusieurs solutions normales acceptables. Ceci suppose, donc que s'il n'y avait qu'une seule solution, estimée par lui normale, en présence de la volonté réelle des parties, claire et certaine, la première aura le pas sur la seconde. Notons, en outre, qu'en écartant la volonté réelle et sûre des parties cette doctrine ne poursuit pas même une idée d'équité et de justice, puisque cette idée n'est qu'au troisième plan (1) et n'inter-

(1) V. Dereux, *op. cit.*, p. 358. Après avoir parlé du rôle de la volonté réelle des parties, M. Dereux continue, en effet, ainsi : « Et s'il ne la connaît pas ? Eh bien, il en reviendra aux notions très générales d'où nous sommes partis, à ces notions qui doivent être la base de tout le vaste édifice du droit, je veux dire les notions de l'utile et du juste. »

vient que d'une façon tout à fait subsidiaire et accessoire. Et la sécurité des tiers dira-t-on ?

La sécurité des tiers n'est lésée en rien, par notre critique, car ce que nous ne voulons pas admettre c'est ce fait que le juge puisse écarter la volonté réelle des parties, dans le cas où elle est claire et facile à discerner ; d'ailleurs il ne faut pas oublier que la sécurité des parties doit aussi être sauvegardée dans la mesure du possible. Autrement il n'y aurait plus de sécurité générale sans laquelle on ne peut parler de droit : « Aucun homme, dit Stuart Mill, ne peut faire la moindre chose sans la sécurité. C'est d'elle que nous dépendons, lorsque nous voulons nous soustraire au mal et donner au bien toute sa valeur pour une durée autre que le moment actuel (1) ». Il ne faut pas sacrifier la sécurité des parties pour celle des tiers, il faut au contraire chercher à les concilier et à les assurer au profit de la sécurité générale et de l'intérêt social.

Nous verrons plus loin comment nous croyons pouvoir sauvegarder les droits de tout le monde sans accepter que le simple « signe matériel redevient l'élément constitutif de l'acte (2) ».

Les adeptes de ces deux doctrines vont beaucoup plus loin que M. Tarde. Ce dernier ne voulait pas sacrifier la volonté des parties, mais rejeter l'opi-

(1) *L'utilitarisme*, p. 105, cité par R. Demogue. *Notions fondamentales de droit privé*, p. 63.

(2) Dereux, *op. cit.*, p. 359.

nion de ceux qui disent qu'elle doit être respectée comme application de la théorie de l'autonomie de la volonté. Ce qu'il rejette, c'est cette théorie. Un contrat ou un acte juridique quelconque a, pour lui, à sa base, une volonté et une législation qui attachent une force obligatoire à cette volonté : « La vérité, dit-il, est que toute obligation, contractuelle ou non, découle avant tout, d'une haute et profonde volonté unilatérale, celle du Maître, soit du Maître héréditaire et demi divin, soit du Maître élu et profane, qui légifère comme bon lui semble. C'est là l'unique origine des obligations formées sans contrat. Quant aux obligations conventionnelles, elles dérivent d'abord de cette grande volonté unilatérale, qui se nomme l'autorité publique, et ensuite de la petite volonté unilatérale de chacun des contractants qui, à l'image de ce commandement extérieur et supérieur et d'ailleurs conformément à la latitude qu'il lui laisse, *se commande à elle-même*, à la fois maîtresse et sujette, et *se commande l'obéissance au commandement de l'autre*. C'est là toute la singularité du contrat : il est le *goût de se commander* né, par imitation, de l'habitude d'*être commandé*, et il est non seulement le *commandement réfléchi*, mais le commandement réciproque, volontairement subi en conformité avec une volonté extérieure subie involontairement (1) ». C'est ce qu'a

(1) G. Tarde, *op. cit.*, p. 120.

résumé Lhering dans la formule bien connue : « Les droits sont des intérêts juridiquement protégés (1) ».

M. Duguit attaque vigoureusement la théorie classique de l'autonomie de la volonté ! Il trouve que la notion fondamentale de la théorie de l'autonomie est celle du droit subjectif : le droit subjectif de l'Etat personnifiant la collectivité, le droit subjectif de l'individu. « Ce droit subjectif, dit-il, n'est donc que le pouvoir pour l'individu d'imposer sa *personnalité comme telle* et à la Société et aux individus (2) » ou bien, comme disent les Allemands « le droit subjectif est un pouvoir de vouloir ». Et M. Duguit de remarquer que : « c'est au premier chef une affirmation d'ordre métaphysique. Nous pouvons bien constater les manifestations extérieures des volontés humaines. Mais quelle est la nature de la volonté humaine ? Quelle est sa force ?... Ce sont là des questions dont la solution est impossible en science positive.

(1) *Esprit du droit romain*, édit. f. 1878, t. IV, p. 326.

(2) L. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'Etat*, p. 3 ; cf. du même auteur, *Les transformations générales du droit privé*, p. 10 ; cependant M. Michoud conteste cette définition et prétend que le droit subjectif n'exige pas la notion du sujet de droit : « Pour qu'il y ait droit, dit-il, il faut une protection directe et immédiate. Nous définirons donc le droit subjectif : l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de la représenter ou de la défendre » ; *Théorie de la personnalité morale*, 1906, t. I, 1906, p. 105.

Par là même, la notion du droit subjectif se trouve totalement ruinée (1) ».

M. Duguit n'admet pas aussi l'idée d'un droit purement individuel. Il trouve que cette conception du droit est aussi artificielle que celle du sujet de droit à laquelle elle est d'ailleurs intimement liée, et il continue ainsi : « D'autre part, prise en elle-même, la conception individualiste est insoutenable. Cette idée de l'homme naturel, isolé indépendant, ayant en sa qualité d'homme des droits antérieurs à la Société et apportant ces droits dans la Société, est une idée tout à fait étrangère à la réalité. L'homme isolé et indépendant est une pure fiction, il n'a jamais existé... L'individu ne peut donc avoir de droits que quand il vit en société et parce qu'il vit en société. Parler de droits antérieurs à la Société, c'est parler du néant (2) ».

À la place de cette doctrine, il adopte une autre qu'il prétend être « exclusivement réaliste, qui élimine successivement la conception métaphysique du droit subjectif : c'est la notion de la fonction sociale (3) ». En quoi consiste donc cette fonction sociale ? « Elle se ramène à ceci, nous dit M. Duguit : l'homme n'a pas de droits, la collectivité n'en a pas davantage. Parler des droits de l'indi-

(1) Duguit, *Transformations générales du droit privé*, p. 12-13.

(2) Duguit, *op. cit.*, p. 18.

(3) Duguit, *op. cit.*, p. 19.

vidu, des droits de la Société, dire qu'il faut concilier les droits de l'individu avec ceux de la collectivité, c'est parler des choses qui n'existent pas. Mais tout individu a dans la Société une certaine fonction à remplir, une certaine besogne à exécuter (1) ». Chacun doit remplir le devoir auquel l'oblige sa fonction, sous peine de provoquer contre lui une réaction sociale ; par contre, tous les actes qu'il accomplit pour remplir sa mission, doivent être socialement protégés et garantis. Ce droit, qu'il appelle droit objectif par opposition au droit subjectif, est à la fois réaliste et socialiste : « Réaliste, puisqu'il repose sur le fait de la fonction sociale, observé et constaté directement ; socialiste, puisqu'il repose sur les conditions mêmes de la vie sociale (2) ». Il ne tient aucun compte du droit individuel, résultat d'une manifestation de volonté individuelle qui, seule et pour elle même, ne peut produire aucun effet social. La règle juridique « repose sur le fondement de la structure sociale, la nécessité de maintenir cohérents entre eux les différents éléments sociaux par l'accomplissement de la fonction sociale qui incombe à chaque individu, à chaque groupe (3) ». Cette règle a donc pour fondement le fait de la solidarité sociale, c'est-à-dire, le fait d'interdépendance sociale, qui n'est ni un sentiment, ni

(1) Duguit, *op. cit.*, p. 24.

(2) Duguit, *op. cit.*, p. 25.

(3) Duguit, *op. cit.*, p. 25.

une doctrine, mais un fait d'ordre réel susceptible de constatation directe : « La solidarité ou interdépendance sociale est constituée par deux éléments, qui se retrouvent toujours à des degrés divers, avec des formes variables, entremêlés l'un à l'autre, mais présentant toujours des caractères essentiels identiques, dans tous les temps et chez tous les peuples. Ces deux éléments sont : les similitudes des besoins des hommes appartenant à un même groupe social ; et secondement, la diversité des besoins et des aptitudes des hommes appartenant à ce même groupe (1) ».

Donc interdépendance par similitudes et interdépendance par division du travail (2).

On aperçoit aisément quelle transformation profonde cela implique dans le système individualiste du Code Napoléon et de la plupart des législations modernes. C'est ainsi que l'on verra, sous un nouveau jour, la liberté individuelle dont le principe est formulé dans les articles 2 et 4 de la déclaration des droits de l'homme de 1789. D'après l'article 4 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui... » C'est donc le droit d'agir reconnu à tout individu. Et si l'on peut porter atteinte à ce droit dans un intérêt général et collectif, aucune restriction n'est possible dans un intérêt individuel, même de celui dont

(1) Duguit, *op. cit.*, p. 27.

(2) V. Durkheim, *La division du travail social*, 2^e édit., 1903.

on veut restreindre la liberté, sans son consentement. D'après l'esprit de cette déclaration, l'Etat ne peut point imposer à l'individu l'obligation du travail, l'obligation de l'enseignement, l'obligation de la prévoyance. Pour M. Duguit « la liberté n'est point un droit subjectif, mais la conséquence de l'obligation qui s'impose à tout homme de développer le plus complètement possible son individualité, c'est-à-dire, son activité physique, intellectuelle et morale, afin de coopérer le mieux possible à la solidarité sociale (1) ».

Cette transformation de l'idée de la liberté individuelle va donc permettre et expliquer toutes les lois qui, à des degrés divers, restreignent dans l'intérêt même de l'individu son activité. Toutes les lois qui interdiraient et puniraient la tentative ou la complicité de suicide, le duel, les jeux dangereux, la limitation de la journée du travail, seraient légitimes. En effet, il ne saurait être permis à l'homme de s'exposer inutilement à la mort, la vie étant une valeur sociale. De même, si l'ouvrier compromet sa santé, sa vie, etc... le législateur doit intervenir pour protéger cette valeur sociale même quand l'ouvrier travaille pour son compte personnel etc...

C'est ainsi encore qu'à côté de la responsabilité individuelle et subjective, s'organise une responsabilité objective pour risque qui se rattache directement à la conception socialiste du droit.

(1) Duguit, *op. cit.*, p. 37.

C'est pourquoi aussi, nous dit M. Duguit, la propriété tend à cesser d'être le droit subjectif du propriétaire pour devenir la fonction sociale du détenteur de la richesse. On tend à restreindre et à diminuer les attributs qui avaient pour but des fins individuelles se suffisant à elles-mêmes. « Or, aujourd'hui, dit M. Duguit, nous avons la conscience très nette que l'individu n'est pas une fin, mais un moyen, que l'individu n'est qu'un rouage de la vaste machine qu'est le corps social, que chacun de nous n'a de raison d'être dans le monde que par la besogne qu'il accomplit dans l'œuvre sociale ? (1) C'est pourquoi la propriété « est pour tout détenteur d'une richesse le devoir, l'obligation d'ordre objectif d'employer la richesse qu'il détient à maintenir et à accroître l'interdépendance sociale ? (2) » M. Duguit reprend, ici encore, une idée qu'Auguste Comte a mise, le premier, au XIX^e siècle, particulièrement en relief (3).

(1) Duguit, *op. cit.*, p. 157.

(2) Duguit, *op. cit.*, p. 158.

(3) « Dans tout état normal de l'humanité, chaque citoyen quelconque constitue réellement un fonctionnaire public, dont les attributions plus ou moins définies détiennent à la fois les obligations et les prétentions. Ce principe universel doit certainement s'étendre jusqu'à la propriété, où le positivisme voit surtout une indispensable fonction sociale, destinée à former et à administrer les capitaux dans lesquels chaque génération prépare les travaux de la suivante. Sagement conçue, cette appréciation normale anoblit sa possession, sans restreindre sa juste liberté et même en la faisant mieux respecter » ; Auguste

Si nous sommes entré dans les détails de la doctrine de M. Duguit, c'est que nous les avons estimés indispensables pour éclaircir ses idées sur le rôle que doit jouer la volonté individuelle dans le domaine de l'interprétation des contrats.

M. Duguit ne dédaigne pas le rôle de la volonté individuelle. Il place la volonté à la base du droit. La règle de droit, pour employer un mot qui lui est cher, « ne s'applique qu'aux manifestations extérieures de la volonté humaine, elle ne s'impose point à l'homme intérieur, elle est la règle de ses actes extérieurs, et non pas celle de ses pensées et de ses désirs, ce que doit être au contraire toute règle de morale (1). » Pour que la volonté individuelle puisse faire naître un droit, elle doit être conforme à la règle de droit, qui est l'interdépendance sociale, et ainsi s'expliqueront les obligations contractuelles et quasi-contractuelles. Dans le cas où elle sera contraire aux idées de solidarité sociale, la volonté ne produira aucun droit respectable. « Une volonté individuelle ne peut point en elle-même et par elle-même, produire un effet de droit ; seul produit un effet de droit l'acte de volonté déterminé par un but social, reconnu par suite légitime par le droit objectif ; et si le droit objectif est constaté par la loi positive, c'est l'acte de volonté, juridique parce qu'il est

Comte, *Système de politique positive*, édit. 1892, I, p. 156, cité par Duguit, *op. cit.*, p. 159.

(1) Duguit, *Le droit social, le droit individuel*, etc., p. 9.

conforme à la loi, qui produit l'effet de droit (1) » Et un peu plus loin, M. Duguit précise ainsi sa pensée : « La vérité est que l'effet de droit produit, est produit par l'acte de volonté et par l'ordre de droit *formant un tout indivisible*. Seul l'un ou l'autre est impuissant, l'acte de volonté, parce qu'il est sans valeur lorsqu'il n'est pas adéquat à l'ordre juridique; l'ordre juridique parce qu'il est sans valeur effective et pratique, lorsqu'il ne se réalise pas dans une volonté individuelle se traduisant à l'extérieur par un acte conscient (2). » L'homme a donc un *pouvoir de vouloir*, mais non pas un *pouvoir d'obtenir*; ce pouvoir de vouloir ou ce pouvoir objectif n'aura une réalité effective que quand il est voulu conformément à la solidarité sociale.

Le juge doit donc chercher, pour les cas particuliers, s'ils sont conformes à la règle de droit. Les effets de cette règle de droit peuvent avoir été déterminés par le législateur et alors le juge doit s'incliner. Mais si la loi positive n'a pas prévu le cas, le juge doit chercher lui-même et ne sanctionner l'obligation que si elle est conforme à la règle de droit. Ceci se comprend du moment que « la règle de droit existe, non seulement avant que la contrainte, destinée à la sanctionner, soit organisée, mais avant que l'homme en ait conscience,

(1) Duguit, *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 607-608.

(2) Duguit, *op. cit.*, p. 608-609.

par cela seul que les hommes sont en Société ». (1)
Le législateur ne fait en légiférant que mettre d'accord la loi positive avec la règle de droit. La loi positive n'est donc que « l'acte par lequel les gouvernants constatent et formulent une règle de droit objectif préexistant ». (2).

Cette doctrine est aussi inacceptable que celles que nous avons vues. En effet, dire que le législateur ne fait que constater une règle de droit préexistante, c'est dire que le caractère obligatoire de la loi ne vient pas d'un ordre donné par le législateur, que : « cette reconnaissance officielle ne peut point entraîner d'autres effets que ceux qui s'attachaient déjà à la norme avant qu'elle fût enregistrée et déclarée (3). » Ceci explique d'ailleurs le pouvoir reconnu au juge de suppléer au législateur. Mais faut-il reconnaître aussi au juge le pouvoir de corriger les lois positives ? On peut constater que les dispositions de la loi positive deviennent avec le temps surannées, arbitraires et contraires aux exigences de la pratique. M. Duguit lui-même le suppose et l'admet puisqu'il se vante de ce que la règle de droit « est essentiellement changeante dans ses applications qui varient sans cesse avec les temps et les

(1) Duguit, *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 114.

(2) Duguit, *op. cit.*, p. 422, 466 et 502.

(3) E. Lambert, *Etudes de droit commun législatif*, t. 1, p. 816 en note.

pays » (1) et de ce que le législateur « peut et doit modifier l'étendue et la portée de ces pouvoirs (les pouvoirs de la volonté individuelle) en suivant, en constatant et en consacrant les transformations intéressantes de la règle de droit. Une législation positive peut et doit continuellement et indéfiniment se transformer pour s'adapter aussi exactement que possible à l'évolution constante de la solidarité sociale (2) ». Et alors, si le législateur reste inactif en présence d'une transformation nouvelle de la règle de droit, le juge va-t-il intervenir et décider à sa place, pour les cas particuliers qu'il aura à résoudre, d'écarter la solution de la loi positive comme contraire à la règle de droit ? Ce serait donner au juge un moyen très facile d'écarter la loi positive qui n'aura en fait aucune valeur réelle ; ce serait l'arbitraire. Doit-il continuer à appliquer la loi positive ? Ce serait lui reconnaître une valeur dans des cas où elle est contraire à la règle de droit et c'est ce que n'admet pas M. Duguit. Cette loi devient sans valeur et le gouvernement « pourra en imposer l'obéissance par la force dont il dispose, mais cette force sera illégitime, et toute force qui y sera opposée sera au contraire légitime. Il y a un acte d'oppression et tout individu a le droit de résister à l'oppression (3) ». Cette doctrine conduit donc à l'arbitraire

(1) V. Duguit, *op. cit.*, p. 150.

(2) Duguit, *op. cit.*, p. 151.

(3) Duguit, *op. cit.*, p. 424.

ou à l'oppression. Je ne voudrais pas être obligé de choisir.

D'ailleurs, pourquoi mettre à la base et comme fondement de la règle de droit l'idée d'interdépendance sociale ? Parce que c'est un fait⁽¹⁾ naturel et réaliste, nous dit M. Duguit ; mais la « solidarité elle-même n'est pas l'unique fait naturel : la lutte pour la vie, l'inégalité de force et l'adresse sont aussi des faits naturels, lui répond M. Charmont. Pourquoi ne pourraient-ils pas, au même titre, suggérer des règles de conduite ?⁽²⁾ »

En outre nous trouvons, comme l'ont déjà fait plusieurs auteurs, qu'en essayant de rejeter la notion de sujet de droit, M. Duguit est dans l'illusion. « Nous croyons bien plutôt, dit M. Charmont, comme l'observe M. Gaston Richard, que le droit subjectif ne peut être considéré comme une notion insignifiante et sans réalité sociologique : « C'est sur lui que le droit objectif a sinon son fondement et sa condition, au moins, sa raison d'être. Le droit n'est objectif que dans la mesure où il est obéi⁽³⁾. » Ce n'est pas la contrainte sociale, continue M. Charmont, qui donne au droit un cachet de légitimité et en assure le respect. C'est le senti-

(1) « La solidarité est un fait, dit-il... elle n'est pas un impératif pour l'homme ; mais si l'homme veut vivre, comme il ne peut vivre qu'en société, il doit conformer ses actes à la solidarité sociale ». Duguit, *op. cit.*, 24. S.

(2) Charmont, *La Renaissance du droit naturel*, p. 196.

(3) G. Richard, *Revue philosophique*, p. 317, 1909.

ment intérieur de l'agent qui l'invoque ou lui obéit. Ce sentiment intérieur, cette idée du droit est essentiellement subjective (1). » M. Demogue trouve aussi que la théorie du sujet de droit est d'une importance considérable et il apprécie ainsi les idées de M. Duguit : « Malgré la valeur de cette théorie, la trace qu'elle laissera certainement dans l'histoire des idées juridiques, nous ne croyons pas pouvoir l'accepter. Nous pensons qu'il y a dans la notion de sujet de droit au moins un vocable commode... (2) ».

Voyons maintenant le système adopté par le Code civil allemand (3).

A prendre l'article 133 du Code civil allemand, à la lettre, on pourrait croire qu'il consacre purement et simplement la théorie traditionnelle admise en France. En effet, cet article dit : « Pour ce qui est de l'interprétation d'une déclaration, il y a lieu de rechercher la volonté réelle et de ne pas s'en tenir au sens littéral de l'expression. » En réalité, cet article veut dire que le juge ne doit prendre en considération qu'une volonté *connais-sable pour le destinataire de la déclaration*. « La volonté, au sens de l'article 133, dit Léonhard, n'est pas ce qui a été voulu par une partie et pu demeurer caché à l'autre partie, mais ce qui est

(1) Charmont, *op. cit.*, p. 197.

(2) Demogue, *op. cit.*, p. 322.

(3) Nous avons pris pour base de cet exposé, la thèse de M. Dereux, sur l'interprétation des actes juridiques.

apparu comme voulu au destinataire de la déclaration (1) ».

En parlant du destinataire, on veut désigner par ce terme un homme en général, avec cette honnête moyenne d'intelligence et de sens pratique qui guide la plupart des individus dans leurs jugements et leur conduite (2).

L'article 157 ordonne d'avoir égard à la bonne foi et aux usages admis en affaires pour l'inter-

(1) V. Dereux, *op. cit.*, p. 386. D'ailleurs remarquons que la déclaration dont parle l'article 133 doit être prise dans un sens très large : « La déclaration de volonté d'une personne, dit Isey, est la conduite (indiquée dans quelques textes par la loi), qui, d'après les données de l'expérience, et eu égard à toutes les circonstances, permet normalement de conclure que cette personne a eu une certaine volonté (peu importe qu'en l'espèce elle ne l'ait pas eue), du moment que cette personne était ou devait être consciente qu'on la lui attribuerait » Il illustre sa définition d'un exemple qui la rend plus saisissable. Dans certaines ventes en gros de vin aux enchères, dit-il, il y a une grande table près de laquelle sont assis ceux qui s'intéressent à la vente, et chacun d'eux pour enchérir de 100 marks n'a qu'à lever la main ; le commissaire de la vente note le fait, simplement en criant désormais le nouveau chiffre. Or supposons que A..., sans y penser, lève la main pour faire signe à un ami, le commissaire prend ce geste pour une nouvelle enchère, et finalement déclare la pièce de vin adjudgée. Si, n'ayant pas remarqué ce qui s'est passé, A... ne proteste pas immédiatement, son geste sera à bon droit considéré comme une déclaration de volonté. Cet acte peut être annulé pour erreur, mais c'est un acte juridique. En droit français, l'acte serait considéré comme inexistant ; Dereux, *op. cit.*, p. 384.

(2) Cf. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 227.

prétation de la déclaration de volonté en général, faut-il donc s'en tenir à l'article 133 ? Oui, mais cela ne veut pas dire qu'ici la mauvaise foi est licite, car le juge, en se conformant à la manière de recherche que nous venons de décrire, sera obligé de respecter suffisamment la bonne foi. Au contraire l'article 133 ne suffit pas en matière de contrat. Il peut arriver, en effet, qu'il n'y ait accord entre les parties que sur les clauses essentielles. Or, « très souvent les contractants se sont insuffisamment expliqués, et sur divers points ont eu des intentions opposées, étant donnée la manière très large dont les Allemands entendent la déclaration de volonté, ces intentions opposées peuvent très bien, en beaucoup de cas, être toutes deux considérées comme déclarées : (il suffit qu'à raison des circonstances elles fussent l'une et l'autre très vraisemblables). Alors laquelle des deux sera la loi du contrat ? On ne saurait annuler la convention, puisqu'aucune des parties ne le demande, mais à qui doit-on donner raison ? Voilà la question à laquelle répond l'article 157 (1). » Pourtant d'autres articles semblent être inspirés par le principe de l'autonomie de la volonté. Si nous laissons de côté, les cas douteux prévus par les articles 116 alinéa 2 et 117 alinéa 1, concernant la réserve mentale et la simulation, nous ne pouvons pas le faire pour l'article 118. Cet

(1) Dereux, *op. cit.*, p. 389.

article considère comme nulle toute déclaration faite par plaisanterie si « on l'émet dans l'attente » que son caractère de plaisanterie ne sera pas méconnu. Ce texte consacre d'une façon formelle la théorie classique de la volonté. Il annule l'acte contrairement à la volonté déclarée, prise en considération par le destinataire.

De l'article 119 on peut conclure : On ne peut demander l'annulation d'un acte pour erreur, que si l'erreur porte sur un point visé par la déclaration et si le demandeur (supposé raisonnable), dans sa croyance erronée, aurait mieux aimé ne passer aucun acte que d'en passer un semblable. L'article 120 nous donne comme application le cas où la déclaration de volonté a été transmise au destinataire d'une façon inexacte par la personne ou par l'établissement dont on s'est servi pour la transmission. On voit que « dans ce qui est déclaré, il n'y a plus à distinguer ce qui est cause, qualité substantielle, motif. Toutes ces distinctions, reposant sur de subtiles analyses de volonté sont supprimées ; du moment que l'erreur porte sur un fait déclaré et est assez importante pour avoir déterminé le consentement, l'acte est annulable (1) ».

En cas de dol, l'acte est annulable même si l'erreur qui en résulte n'est pas relative au contenu de la déclaration. Au dol, l'article 123 assimile la violence qui réduit la liberté du déclarant à fort peu de chose.

(1) Dereux, *op cit.*, p. 239.

Tous ces cas sont des concessions à la doctrine de l'autonomie de la volonté ; mais il ne faut pas s'en exagérer la portée, en présence de l'article 122. *En dehors de toute idée de faute*, celui qui demande la nullité ou l'annulabilité de l'acte, doit indemniser l'autre partie du préjudice qu'elle « a éprouvé pour avoir cru à la validité de la déclaration, dit l'article, mais sans que le montant de l'indemnité puisse dépasser la valeur même de l'intérêt que la partie en cause aurait eu à ce que cette déclaration fut valable. Il n'y a plus lieu à réparation lorsque la partie victime du dommage connaissait la cause de nullité ou d'annulabilité, ou qu'elle dût imputer à sa négligence de ne l'avoir pas connue (autrement dit, si elle devait la connaître) ».

Or, la théorie classique n'admet la responsabilité du déclarant que s'il avait commis une faute. On peut donc dire que, dans le Code Allemand, « une déclaration non voulue ne sera pas toujours respectable, mais une volonté non déclarée ne le sera jamais » (1).

Cependant l'article 140 dit : « Lorsqu'un acte juridique nul se trouve satisfaire aux conditions de validité d'un autre acte juridique, ce dernier entre en vigueur lorsqu'il y a lieu d'admettre que, si l'on eût connu la nullité, cette substitution eût été voulue ».

(1) Dereux, *op. cit.*, p. 406.

Cet article écarte la volonté déclarée, aussi bien que la volonté réelle des parties pour lui substituer, si c'est possible, celle qu'elles auraient eue et vraisemblablement admise, si elles avaient connu à temps la nullité de l'acte passé.

Répétons donc que jamais « une volonté restée secrète pour le destinataire de la déclaration ne produit un effet juridique positif (1) ».

Le Code civil allemand ne mérite pourtant pas les reproches que nous avons adressés à la théorie de la déclaration de volonté. Grâce aux très larges pouvoirs qu'il reconnaît au juge, il arrive à admettre les mêmes solutions (2) que sanctionne la jurisprudence française tout en déclarant se conformer à l'intention et à la volonté des parties.

En effet, le juge en Allemagne arrive à atténuer la rigidité, et l'iniquité qui en résulte, de la théorie du code, en exerçant le pouvoir de contrôle que lui reconnaît la loi sur les actes privés. Ce pouvoir lui est reconnu par des textes divers. C'est ainsi que d'après M. Saleilles, le juge, par application de l'article 138 alinéa 1, peut arriver à garantir à l'ouvrier son indépendance personnelle qu'il n'a jamais voulue louer ou abdiquer : « Il y a un petit cercle d'indépendance qui doit lui rester, sinon il cesserait d'être un individu ; il y a quelques heures de son temps qui doivent lui appartenir, sinon il serait incapable d'avoir un foyer, de veiller

(1) Dereux, *op. cit.*, p. 408.

(2) — — p. 409.

aux intérêts de sa famille, et à ses affaires personnelles. Tout contrat qui empiéterait sur cette part inaliénable de l'activité individuelle serait, d'après l'article 138 lui-même, un contrat contraire aux bonnes mœurs (1) ». Remarquons que les articles qui visaient la règle aujourd'hui formulée par l'article 138 étaient à peu près conçus comme les articles 6 et 1133 du code civil français. On avait déclaré ouvertement que l'on reproduirait la formule du droit français. « Or, la formule du droit français, dit Saleilles, parut révolutionnaire. C'est qu'elle était conçue en termes trop vagues et trop exclusivement théoriques ; et l'on sentait bien que le parti socialiste, car c'était lui qui la défendait le plus vivement, allait vouloir en profiter pour imposer la conception spéciale qu'il se faisait, et « des lois », et « de l'ordre public (2) ».

C'est en outre l'alinéa 2 du même article 138 qui proclame la nullité de l'acte juridique par lequel une personne, profitant des embarras, de la légèreté ou de l'inexpérience d'une autre personne, se fait promettre des avantages pécuniaires excédant la valeur de ce qu'elle a elle-même fourni. On vise par là certains contrats qu'on juge léonins. « Déjà la loi de 1893, dit M. Saleilles, modifiant la loi de 1880 avait admis, en effet, ce que l'on appelle quelque fois l'usure réelle, celle qui se produit par

(1) V. Blondel, *étude sur le code civil allemand et les ouvriers*, Imprimerie générale Lahure, 1901, p. 32.

(2) Blondel, *op. cit.*, p. 33.

la disproportion des équivalents, quelque soit le contrat, et en dehors de toute idée de prêt et de stipulation d'intérêts. Mais on exigeait encore pour qu'il y eût usure, que celle-ci fut habituelle ; les sanctions de la loi ne s'appliquaient pas à un contrat isolé. Ce qu'il y a donc de nouveau dans l'article 138, alinéa 2, c'est que, sur le terrain du droit civil, et en ce qui concerne la question de validité du contrat, il suffit que l'acte en soi, et pris isolément présente les conditions d'une lésion usuraire pour qu'il soit nul (1) ».

Cet article rend inutile la réglementation des cas de rescision pour lésion et la limitation du taux de l'intérêt. Il « marque un progrès, dit M. Blondel, sur la législation antérieure, sur la loi de 1867 notamment qui, due à une réaction du libéralisme, avait fait proclamer la liberté absolue de l'usure, et sous l'empire de laquelle on avait vu le taux du crédit personnel s'élever jusqu'à 20 et 25 0/0 et le taux du crédit réel atteindre 8, et 10 0/0 (2) ».

De même l'article 343 permet au juge de réduire les clauses pénales très exagérées. En outre ce qui domine cette législation nouvelle, « c'est la part considérable, nous dit M. Saleilles, laissée aux usages et par suite à l'appréciation du juge... De même qu'on lui a demandé dans l'article 138 d'être l'interprète de bonnes mœurs, on lui

(1) V. Blondel, *op. cit.*, p. 35.

(2) Blondel, *op. cit.*, p. 8.

demande aussi d'être celui qui constate les usages et qui en concilie l'adaptation progressive à l'économie générale de la loi. On ne saurait mieux faire (1) ».

Toutes les parties du Code se complètent et se maintiennent, se corrigent et s'atténuent, c'est pourquoi nous ne pouvons pas nous arrêter au système d'interprétation du Code civil allemand, qui ne saurait être admis que grâce aux tempéraments que lui apportent les autres solutions admises par le Code.

Nous croyons qu'on peut trouver un système d'interprétation qui, sans heurter le véritable esprit du Code civil français, donne satisfaction à l'équité et à la justice, tout en ne sacrifiant pas la sécurité nécessaire des parties ou des tiers. C'est ce qu'a fait M. Dereux. Pour lui le respect de la volonté ne doit pas être le seul fondement du droit ; il faut lui ajouter l'équité et l'intérêt général. « Au point de vue du sens commun, nous dit-il, la notion d'un lien juridique entre les hommes nous semble à l'heure actuelle avoir une triple racine : respect de la volonté individuelle, de l'équité et de l'intérêt général ; ces trois éléments coopèrent à former dans l'esprit de la foule l'idée du droit (2). Lors de l'interprétation d'un contrat, on doit donc tenir compte de ce triple fondement.

Partout où la volonté est claire et réelle, on

(1) Blondel, *op. cit.*, p. 41.

(2) Dereux, *op. cit.*, p. 423.

doit la respecter et le juge ne doit pas la modifier : « Partout où l'on se trouve en présence de volontés individuelles suffisamment réelles, connaissables et respectables, nous sommes des premiers à dire, dit-il, que la tâche de l'interprète est de dévoiler ces volontés et de leur obéir. Le juge ne peut jamais refaire une convention digne de ce nom ; il ne peut pas au nom de son idéal, en corriger même le plus petit détail (1) ». Au-delà de ces limites, on ne peut vraiment pas parler de la volonté des parties. Souvent, on se trouve, en présence d'une formule ambiguë ou du silence des parties et nous avons vu qu'il est impossible, en fait, de prétendre imposer quand même, cette volonté en disant que le juge cherchera ce que les parties auraient fait lors de la conclusion du contrat si elles avaient prévu la difficulté. En effet, les intérêts étant opposés, les parties elles-mêmes, influencées par les circonstances actuelles ne sauraient pas dire ce qu'elles auraient décidé il y a un mois, un an ou même plus. Tout ce que trouvera le juge ne sera que sa volonté à lui, et alors pourquoi continuer à parler de la volonté des parties dans des cas pareils. Aussi, doit-on recourir, à d'autres ressources, nous dit M. Dereux, qu'on trouvera dans les exigences de l'équité et de l'intérêt général. « Partout où les tribunaux ne sont pas *réellement* guidés par des volontés particu-

(1) Dereux, *op. cit.*, p. 483-484.

lières, elle (la cour de cassation) devrait leur imposer une seule conception de ces grandes idées d'équité et d'intérêt général, qui ne sauraient varier suivant les diverses régions de la France (1) ».

On arrivera ainsi à diminuer le rôle que joue actuellement la fiction en matière d'interprétation, mais grâce à ce large pouvoir des juges contrôlé par la Cour de cassation, on arrivera à plus d'unité, d'égalité et de justice dans les jugements que prononcent les différents tribunaux.

Ces idées nous paraissent assez exactes. Elles ne font d'ailleurs qu'appliquer, pour l'interprétation des contrats, la théorie de la libre recherche scientifique, théorie imaginée par M. Gény pour l'interprétation de la loi (2). Pourtant nous croyons que le large pouvoir d'appréciation laissé au juge, peut, pour mieux sauvegarder la sécurité publique, ne lui être reconnu, dans toute son étendue, que comme troisième ressource. L'intervention de l'équité et des exigences de l'intérêt général prendra place au troisième plan et non au deuxième comme le fait M. Dereux. La modification que nous proposons, et la critique que nous avons faite du système de la déclaration de volonté la faisait entrevoir et prévoir, est simple et ne change

(1) Dereux, *op. cit.*, p. 485.

(2) Gény, *Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique*, 1899.

pas la physionomie générale du système de M. Dereux.

Elle est basée sur ce fait, reconnu d'ailleurs par M. Dereux, que l'acte juridique résulte à la fois d'une volonté interne et d'une déclaration. Tout le monde admet que la déclaration d'un fou ou d'un infans ne produit aucun effet juridique et « puisque une déclaration sans volonté, remarque M. Dereux, n'a pas de valeur, c'est qu'une volonté interne est un élément essentiel de l'acte juridique (1) ». D'un autre côté, personne ne conteste qu'une volonté commune de deux personnes, mais qui est encore non exprimée, ne peut pas être considérée comme une convention. « L'accord des intentions, continue M. Dereux, a donc besoin d'être suivi d'un accord dans les déclarations ». Mais si ces deux éléments sont nécessaires pour le fondement et l'existence même de l'acte et non seulement pour pouvoir en faire la preuve, pourquoi ne tenir compte dans son interprétation que de l'un d'eux, celui de la volonté ? M. Dereux nous dira certainement qu'il a tenu compte de l'autre élément et la preuve c'est qu'il n'accepte pas toutes les conséquences de la doctrine classique de l'autonomie de la volonté, mais nous croyons que ce qu'il a fait est insuffisant.

Voici ce que nous proposons : lorsque les faits constatés permettent de voir clairement la volonté

(1) Dereux, *op. cit.*, p. 432

réelle des parties, il faut respecter cette volonté (système classique). Lorsqu'ils sont obscurs, vagues ou équivoques, il ne faut pas s'obstiner à courir derrière cette volonté introuvable, mais chercher et appliquer d'une façon objective le sens normal de la déclaration (doctrine de la déclaration de volonté). Et dans le cas où il y aura plusieurs sens normaux d'une même déclaration, le juge appliquera ce que décident... l'équité et l'intérêt général. De cette façon on comprendra bien que dans l'interprétation d'un acte juridique il faut se conformer à son essence et tenir compte de son double fondement tout en sauvegardant tous les intérêts en présence et par suite la sécurité générale.

Mais, dira-t-on, s'il en est ainsi, le juge arrivera de lui-même, et en recourant aux principes de l'équité et de l'intérêt général, au même résultat et alors à quoi bon cette modification? Notre réponse est simple et identique à celle qui a été faite par M. Dereux, pour écarter une objection semblable à celle qu'on pourrait nous opposer, et qu'il a formulée pour justifier le maintien dans une certaine mesure du principe de l'autonomie de la volonté en matière d'interprétation des contrats « Nous entendons, dit-il, bien l'objection : Quand par exemple un contrat est conclu, le sentiment de l'équité est le premier à dire au magistrat « ce contrat doit être exécuté ». Pourquoi parler aussi de la volonté, de force obligatoire des conventions? C'est prétendre renforcer une idée certaine par une

idée douteuse, et ceux même qui nient que ce second principe soit faux, doivent au moins le reconnaître superflu. Non, il n'est pas superflu ; *non le sentiment de l'équité ne saurait suffire* à guider l'interprète d'un acte privé. Pourquoi ? Parce que les contrats et plus généralement les actes privés laissent presque toujours place à quelque aléa. Au bout d'un certain temps, on s'aperçoit qu'une affaire conclue était meilleure pour l'une des parties que pour l'autre... Alors si le juge se considère simplement comme un ministre d'équité, que va-t-il se passer ? Il sera perpétuellement tenté de corriger les injustices de la fortune... mais il n'en reste pas moins que cette idée (celle de l'équité), comme celle d'utilité sociale, a des contours estompés... et par suite, eût-on une notion générale parfaitement exacte de l'équité ou de l'utilité sociale, on risque dans plus d'une affaire de se laisser dominer par son imagination, par sa sensibilité, et de rendre une justice inférieure en croyant atteindre une parfaite justice. Obligeons le juge à tâcher d'abord de savoir ce qu'a été chaque volonté au moment où elle a lié son auteur ; ce critérium avec toute sa froide netteté, le mettra en garde contre les déformations que subissent aisément, devant une situation particulière, des idées certes très attrayantes, mais un peu vagues. C'est peut-être le meilleur moyen de sauvegarder la véritable équité, que de ne pas en trop parler (1) ».

(1) Dereux, *op. cit.*, p. 450-452, s.

Ce sont ces mêmes arguments qui constituent la meilleure raison pour admettre la seconde barrière que nous voudrions placer entre le juge et les tentations dont parlent M. Dereux à cause de ce qu'a de vague et d'élastique la notion de l'équité ou celle de l'intérêt social.

Nous ne faisons d'ailleurs que changer l'ordre et par suite l'importance qu'accorde la théorie de la déclaration de volonté à ces trois notions : volonté des parties, déclaration de cette volonté et enfin équité et utilité générale. En effet, nous avons vu que cette doctrine place au premier rang le sens normal de la déclaration, nous avons vu tous les inconvénients qui en résultent, c'est pourquoi nous avons mis à la place d'honneur et au premier plan la volonté réelle des parties qui résultent clairement de l'acte. Nous accordons ainsi à chacun des éléments qui constituent le fondement de l'acte juridique, la place qu'il mérite ; car il ne faut jamais mettre en doute que l'élément principal et le plus essentiel de l'acte juridique est son élément intentionnel.

Appliquons nos idées dans un domaine exceptionnel, qui semble, à première vue, peu favorable à leur développement, comme c'est le cas pour les contrats dits d'adhésion. Le résultat sera quand même satisfaisant. Dans ces contrats, il faut faire une distinction entre la partie qui est généralement imprimée et celle écrite à la main. La seconde partie constitue seule un véritable contrat auquel on doit appliquer les règles générales d'interpré-

tation que nous venons de voir. L'autre partie constitue en réalité, comme l'a remarqué M. Gounot (1), une sorte de règlement général ayant la valeur des lois dites interprétatives. En effet, cette partie n'occupe ordinairement jamais les parties; les compagnies qui les rédigent n'entendent généralement pas que l'on puisse les discuter et les particuliers les acceptent sans les lire, ni les comprendre. Aussi le sens général de la partie manuscrite peut conduire les tribunaux à juger nécessaire la suppression de telle clause ou de telle condition pour se conformer à la volonté qui se dégage du véritable contrat (la partie manuscrite) passé entre les parties, qui est la seule volonté réelle qu'on puisse leur attribuer.

D'après la doctrine classique, le système d'interprétation que nous préconisons donne aux tribunaux le pouvoir de modifier *la volonté des parties* contractantes. Mais en réalité, il n'en est pas ainsi. En effet, d'après les explications données plus haut, il résulte que nous leur reconnaissons le droit de modifier le contrat en *complétant* et en *suppléant la volonté des parties* et non en lui *substituant* une autre dans les hypothèses où elle existe réellement.

(1) Gounot, *Principe de l'autonomie et de la volonté*, p. 227 231.

III. — Des modifications imposées par la majorité des contractants.

Dans certains contrats, dont le nombre va en augmentant, les droits de tous ceux qui en font partie sont de même nature; ce sont des contrats de « collaboration égalitaire » nous dit M. Demogue (1). Ces contrats présentent un intérêt collectif et réunissent des personnes parfois très nombreuses, il est utile et même nécessaire qu'ils se fassent ou qu'ils soient modifiés. Si l'on était obligé de leur appliquer les règles ordinaires et d'attendre le consentement et le bon vouloir de tous, on n'aboutirait jamais, il se trouverait toujours un ou quelques récalcitrants pour refuser leur adhésion et faire tout échouer. Or, s'il importe qu'une personne ne soit pas soumise à la volonté de la majorité qui peut être mal inspirée, il ne faut pas non plus que l'obstination d'un seul puisse mettre obstacle, à l'accomplissement d'un travail dont l'utilité est incontestable, à une transformation et à une mise au point nécessitées par une situation nouvelle.

Aussi le législateur commence à admettre que dans ces cas « la volonté de la majorité fait loi ».

(1) Demogue, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, p. 34.

C'est ainsi que dans les associations syndicales autorisées de propriétaires ruraux (loi du 21 juin 1865; loi du 22 décembre 1883) et urbains (loi du 22 décembre 1888), l'unanimité des intéressés n'est pas exigée, soit pour former l'association, soit pour en modifier les statuts. L'article premier de la loi du 21 juin 1865 exige pour pouvoir former des associations que l'œuvre à entreprendre présente « un caractère d'intérêt collectif ». La loi du 22 décembre 1888 emploie des termes aussi larges; « toute amélioration ayant un caractère public » lui suffit. En principe, la majorité exigée par la loi comprendra la moitié plus un des intéressés représentant les deux tiers au moins de la superficie des terrains, ou les deux tiers des intéressés représentant plus de la moitié de la superficie (art. 12). Pour ne pas léser les intérêts de la minorité qui peuvent être très légitimes, on permet à ceux qui en font partie de recourir contre les décisions de l'association soit au Ministre des travaux publics, qui statuera par décret rendu en Conseil d'Etat, (art. 13), soit au Conseil de Préfecture, sauf recours au Conseil d'Etat (art. 16).

L'unanimité des intéressés est au contraire nécessaire pour la formation d'une association libre. Mais la loi permet (et ceci est très intéressant à remarquer), à une majorité correspondante à celle que nous venons de voir, de modifier les statuts de l'association et de solliciter de la préfecture la permission de jouir des avantages des associations autorisées (art. 8).

Les sociétés par actions nous donnent un autre exemple où l'on admet que la majorité fasse la loi en modifiant les statuts. Cette modification sera imposée à la minorité. Nous voulons parler des pouvoirs de l'assemblée extraordinaire des actionnaires. On reconnaît généralement que, sauf clause spéciale des statuts, l'assemblée extraordinaire des actionnaires peut modifier le pacte social. L'opinion contraire qui exige l'unanimité des actionnaires est défendue par d'éminents juristes, mais ils ont contre eux les tribunaux et la majorité des auteurs.

Nous pensons qu'en cette matière deux questions sont capitales : L'assemblée extraordinaire peut-elle modifier le pacte social en cas de silence des statuts ? et dans quelle mesure peut-elle le faire ?

A. *Pouvoir de modifier le pacte social.* — C'est une question qui a été étudiée théoriquement et pratiquement à cause de son importance considérable. Peu de sociétés par actions peuvent, en effet, se vanter de n'avoir aucun intérêt à modifier leurs organisations primitives.

C'est une société qui veut étendre l'objet de son entreprise ou prolonger sa durée pour pouvoir réaliser un bénéfice, à cause des dépenses énormes nécessitées pour son installation ; c'est une autre qui veut changer le mode primitif d'exploitation dont les résultats ne lui étaient pas heureux, elle voudrait même pouvoir se dissoudre pour éviter une ruine complète ; c'est une troisième qui veut augmenter son capital ou le diviser pour faire

face à des circonstances imprévues lors de sa constitution. Mais peut-elle licitement procéder à cette modification ? C'est souvent une question vitale.

Tout le monde est d'accord sur ce point, que le pacte social peut, en toute liberté, régler les pouvoirs de l'assemblée extraordinaire. Il peut prévoir certaines modifications, interdire certaines autres, indiquer les conditions dans lesquelles la modification devra être prise (1)... En dehors de là tout est contesté. Que décider si les statuts sont muets ?

Nous étudions maintenant la première question que nous avons indiquée plus haut. Peut-on modifier ? Ne le peut-on pas ? C'est toute la question que nous posons pour le moment. La mesure de cette modification ne se pose donc pas.

On commença par répondre négativement à notre question et par décider que dans le silence des statuts aucune modification ne peut être introduite au pacte social. Cette décision a même main-

(1) Voir Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 3^e édit., t. II, n^o 864. — Thaller, *Traité élémentaire*, 2^e édit., n^o 570. — Bonfils, *Revue critique*, 1893, p. 407, S. — Paris, 18 juillet 1901, *Journal des sociétés* 1902, p. 158; Cass., 20 déc. 1882, S. 83, 1, 198. Cass., req., 16 juillet 1901, *Rev. des soc.*, 1901, p. 434. Les motifs de cet arrêt sont tout à fait conformes à notre texte. Ils décident qu'il dépend du pacte social « d'interdire tout changement au régime statutaire primitivement adopté ou d'y mettre telles conditions que paraît réclamer la sécurité des intéressés ».

tenant des partisans d'une autorité indiscutable (1); Elle fut admise pendant quelque temps par les tribunaux (2). Voici comment s'exprime un des derniers arrêts qui l'ont acceptée : « Attendu que dans toute société quelle qu'en soit la nature, la loi immuable, dont le respect s'impose à tous, c'est le statut social ; que le contrat par lequel les associés ont déterminé la cause et l'objet de leur souscription et sur la foi duquel ils sont entrés en société, ne peut, sans l'assentiment unanime des contractants, recevoir d'autres modifications que celles qu'il a lui-même expressément prévues et autorisées ; que les dérogations qu'il permet d'apporter à ces stipulations originelles doivent toujours être interprétées d'une manière limitative ; que s'il ne précise pas les dérogations permises se bornant à donner en *termes généraux* pouvoir à l'assemblée générale de modifier les statuts, ce pouvoir ne *comportera* d'autre droit que d'introduire dans le pacte social *des modifications de détail*, ayant le caractère d'actes d'administration, et n'autorisera jamais à toucher aux parties essentielles de ce pacte (3) ».

Cette opinion s'appuie naturellement sur l'art.

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. II, n° 864, p. 745 ; ils avaient autrefois adopté l'autre solution, *Précis*, t. I, n° 491 ; Pascaud, *Rev. des Soc.*, t. XIII, 1895, p. 569 ; Bon fils, *Rev. crit.* 1893, p. 415.

(2) Paris 15 mars 1890, en note sous Cass. du 30 mai 1892, D. 93-1-105, etc.

(3) Douai, 31 décembre 1891, D. 94-1-313.

1134, article qui nous est bien connu et qui consacre le principe de l'autonomie de la volonté. Ceci rend impossible les plus petites modifications même les plus urgentes. Dans les sociétés anonymes qui réunissent des milliers d'actionnaires, il ne faut pas chercher à réunir l'unanimité. Les difficultés matérielles, pour ne pas parler du mauvais vouloir de l'un des actionnaires, sont insurmontables.

Comment réunir en effet, des actionnaires disséminés un peu partout ? Et comment les convoquer tous, sans en manquer un, quand ils sont pour la plupart inconnus des administrateurs ? En réalité, la nature même d'une société par actions est incompatible avec la doctrine de l'autonomie. La société anonyme par actions a une durée généralement très longue, quelquefois illimitée ; elle peut survivre à tous ses fondateurs ; elle a un champ d'activité parfois immense ; elle ressemble par son organisation et son fonctionnement plutôt à un Etat. Or ne voit-on pas qu'il est impossible pour un Etat d'avoir l'unanimité des citoyens pour n'importe quelle affaire ? Ne voit-on pas que là il faut se contenter de la majorité des associés, comme ici on se contente de la majorité des citoyens ?

Mais il y a le texte formel de l'article, nous répondent-ils, sans vouloir comprendre que cet article a été fait pour les situations que le législateur considérait comme les plus habituelles et les plus ordinaires. Cet article ne visait, en effet, que les contrats simples qui se passent entre un nom-

bre limité de personnes qui se connaissent individuellement et qui peuvent prévoir et prévoient en fait, aisément, l'application, la durée, le fonctionnement et l'extinction de leurs conventions. Ici il ne serait d'aucune utilité de permettre la modification de l'acte ; et quand il le faut dans l'intérêt des contractants, on pourrait facilement avoir raison de l'intransigeance d'un récalcitrant. D'ailleurs la durée d'application du pacte est généralement courte ce qui ne permettra pas un changement de circonstances extérieures de nature à réagir sur les conditions primitives de la convention. Et alors peut-on raisonnablement assimiler l'acte qui constitue une société anonyme à celui qui réalise une vente ou un partage ?

La société par actions a un organisme qui doit évoluer, se développer, se transformer, pour pouvoir atteindre le but en vue duquel il fut créé ; ce qui entrave ses modifications, nécessaires et essentielles par lesquelles son activité se manifeste, le rapproche d'une perte et d'une ruine irrémédiables. De même qu'on ne saurait raisonnablement accepter l'idée d'une immutabilité absolue de la loi, on ne pourrait imposer cette immutabilité aux statuts d'une société par actions.

Pour toutes ces raisons et à cause des caractères et de la nature même de la société anonyme, on ne doit lui étendre les règles que le code civil impose aux contrats ordinaires qu'avec beaucoup de précautions et après avoir examiné les effets qui en résulteront. C'est ce qui a été bien distingué

dans plusieurs arrêts et dont l'un d'eux s'exprime ainsi : « Considérant que si, en thèse générale, on peut encore dire que la révocation, soit même la modification totale ou partielle d'un contrat, dans ses éléments essentiels, suppose le consentement de tous les contractants, cette règle de notre ancien droit devenue dans sa rigueur même de plus en plus difficile à observer en présence d'une transformation si complète de notre état financier, industriel et commercial, s'adressant presque toujours au crédit public, multipliant à l'infini le nombre des actionnaires et rendant l'unanimité du consentement impossible, appelait des modifications profondes dans le régime légal des sociétés, et qu'elles ont été réalisées surtout en ce qui concerne les sociétés anonymes; — Considérant en effet, que la loi du 24 juillet 1867 a sous la seule condition d'un quorum, substitué le droit de la majorité à celui de l'unanimité et donné ainsi satisfaction à des besoins nouveaux, que les premiers législateurs n'avaient pu ni prévoir, ni par conséquent satisfaire (1) ».

Cet arrêt vise la loi du 24 juillet 1867 qui est invoquée par tous ceux qui admettent en principe que les modifications sont permises (2). Ils se

(1) V. Cour de Lyon, 30 déc. 1892. *Journ. des soc.*, 94, p. 18.

(2) C. Morin, *Annales du droit comm.*, 1908, n° 5. — Thaller, *Traité*, n° 570 et s. et surtout note à l'arrêt du 30 mai 1892. D. 93, 1, 103 et s. Cette note très importante semble avoir inspirée la jurisprudence.

basent surtout sur son article 31 et y trouvent un texte qui favorise leur solution; cet article s'exprime ainsi : « Les assemblées qui ont à délibérer sur des modifications aux statuts ou sur des propositions de continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, ou de dissolution avant ce terme ne sont régulièrement constituées qu'autant qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social ». Mais ceux qui sont pour l'interdiction de toute modification trouvent aussi un argument dans cet article et affirment qu'il est en leur faveur. Le législateur de 1867, ont-ils dit, ou plutôt celui de 1863 (l'article 31 que nous venons de citer n'est, en effet, que la reproduction partielle de l'article 14 de la loi du 23 mai 1863) a voulu par ce texte imposer tout simplement un quorum nécessaire pour la validité des délibérations dans les cas où les statuts permettent ces modifications; sa tournure négative le prouve d'ailleurs suffisamment : « Ne sont régulièrement constituées . . . qu'autant . . . ». La loi ne permet donc pas ces modifications dans le silence des statuts; elle impose, au contraire, une nouvelle condition que l'assemblée devra remplir si elle tient des statuts le droit de modifier le pacte social. On leur répond en alléguant que la place de l'article et les articles qui le précèdent impliquent la volonté du législateur d'autoriser les modifications à la simple majorité. C'est ainsi que l'article 28 pose le principe général que voici :

« Dans toutes les assemblées générales, les délibérations sont prises à la majorité des voix. . . » L'unanimité n'est donc jamais exigée pour n'importe quelle décision. Et les articles suivants font l'application de ce principe à toutes les diverses catégories d'assemblées : ordinaires, constitutives ou extraordinaires, en indiquant toutes les conditions supplémentaires que le législateur juge nécessaire d'exiger. Mais ce ne sont que des exigences de quorum qui impliquent le maintien du principe. En outre, le rapporteur de la loi de 1867, M. Mathieu, a toujours affirmé que dans l'esprit de ses rédacteurs, les assemblées extraordinaires devaient avoir de plein droit le pouvoir de modifier les statuts (1).

Choisir entre les arguments que chacun cherche à tirer de la loi de 1867, nous semble très difficile, nous ne pouvons qu'hésiter entre des arguments qui sont tout à fait de même ordre et d'une égale valeur. Aussi a-t-on essayé de tirer argument de l'article 37 de la même loi. Cet article décide qu'au cas de perte des trois quarts du capital social, une assemblée générale doit être convoquée à l'effet de statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société. La dissolution est certes une modification importante. Mais que peut-on conclure de ce texte ? Quel'assemblée générale extraordinaire a le pouvoir de modifier

(1) V. Paris, 19 avril 1875. D. 75, 2, 161 où l'opinion de M. Mathieu est rapportée.

les statuts sociaux, disent les uns. Au contraire, disent les autres, cet article n'a reconnu le droit de modification que dans l'hypothèse qu'il a prévue. Donc ce droit ne lui appartient pas, tant que la perte n'a pas atteint les trois quarts du capital, et ensuite aucune autre modification, non permise par les statuts, ne peut être effectuée. Nous sommes donc obligé de reconnaître que cette loi ne peut faire pencher la balance dans aucun sens ; elle est à double tranchant et on peut l'utiliser pour soutenir l'une ou l'autre de ces deux opinions contraires. On voit le cas que l'on doit en faire (1). Mais en fait ces textes sont invoqués généralement par tous les auteurs et par les tribunaux eux-mêmes.

D'ailleurs nous trouvons qu'il est très dange-reux pour ceux qui tiennent à reconnaître ce droit à l'assemblée générale des actionnaires de s'en tenir à ces arguments de texte. Ces dispositions ne concernent, en effet, que les sociétés anonymes ; le parti qu'on peut en tirer ne concerne donc pas les sociétés en commandite par actions. Cette distinction a été faite par quelques auteurs (2) ; ce qui est

(1) Pour les mêmes raisons la loi du 9 juillet 1902 qui a autorisé la création des actions de priorité dans le silence des statuts, ne peut être invoquée par aucune des deux opinions en présence.

(2) Wahl, *Etude sur l'augmentation du capital dans les sociétés anonymes et en commandite* ; *Annales du dr. comm.* 1893, p. 173 ; Lyon-Caen, note au S 92 1-561 ; Labbé, note S. 81-1-441. M. Wahl est revenu de sa première opi-

très grave et tend à affaiblir l'argumentation en faveur de sociétés anonymes. En effet, la situation est la même pour les deux sortes de sociétés et aucune raison ne justifie cette différence de traitement. Aussi la jurisprudence ne les a pas suivis sur ce terrain et elle applique la même solution à toutes les sociétés par actions.

Ne pouvant se baser sur un texte précis de la loi, ceux qui opinent pour l'interdiction de modifier le pacte social ont voulu faire appel aux considérations d'ordre pratique. Ces raisons ont été exprimées depuis longtemps. C'est ainsi que l'on écrivait en 1858 : « Qui ne se rappelle en pareille matière tant de fraudes révélées par les débats judiciaires : les assemblées générales fictives, composées d'hommes de paille à la dévotion d'un gérant infidèle, acclamant en complices soudoyés toutes les mesures par lui proposées, couvrant de leur vote tous les abus, toutes les dilapidations du patrimoine commun, et mettant à néant ce patrimoine par des modifications aux statuts fondées sur une prétendue urgence, ou une imaginaire nécessité ! — Et sans aller même aussi loin, c'est-à-dire jusqu'à des faits qui constituent de véritables délits, qui ne comprend qu'il se peut rencontrer une majorité aveugle, cédant à une influence de coterie, ou trompée, entraînée par l'illusion, subissant la passion du joueur qui double ses risques

nion qu'il a abandonnée et réfutée. V. *Journ. des Soc.* 1900, p. 200 et s.

pour rattraper sa perte, et par suite jetant de nouveaux capitaux dans une spéculation compromise, en transformant le but, en sacrifiant la fortune première, et venant dire à la minorité : ce que j'ai fait est votre loi ; vous ne pouvez que vous soumettre (1) ».

On invoque donc deux sortes de raisons : crainte d'une fraude quelconque et manque de confiance dans la majorité de l'assemblée extraordinaire. Au contraire, nous croyons qu'il faut admettre ce pouvoir de modification, rien que pour des raisons pratiques et voici pourquoi : la fraude peut se produire, mais remarquons que par hypothèse, celui qui commettrait cet acte doit avoir beaucoup d'influence sur la majorité des actionnaires et sur les administrateurs dirigeants, et alors pourquoi demander la modification des statuts, fait d'une importance extrême qui ne manquera pas d'attirer l'attention des actionnaires qui en surveilleront l'exécution ? N'est-il pas préférable pour lui d'user de son influence sur les administrateurs et d'arriver à ses fins d'escroquerie sans modifier les statuts ? Et le bilan annuel n'est-il pas à sa disposition pour faciliter son forfait ? N'a-t-il pas sa majorité pour l'approuver dans l'assemblée générale ordinaire ? Et d'ailleurs, s'il avait l'intention de frauder, pourquoi ne pas insérer une clause

(1) Ballot, *Rev. pratique* 1858, t. VI, p. 110 s. Cf. Lyon-Caen, *Journ. des Soc.*, 1880, p. 284, n° 8.

dans les statuts primitifs qui autoriserait toutes les modifications ? N'est-il pas sûr que les actionnaires, ou presque tous, ne lisent jamais les statuts de sociétés dont ils veulent acheter les actions ?

Enfin, nous croyons qu'on ne peut pas mettre en balance ce danger hypothétique avec les inconvénients immenses du système prohibitif, qui ne permettra jamais les modifications les plus essentielles et dont l'utilité est très évidente, parce que l'unanimité est matériellement impossible à obtenir dans les sociétés nombreuses. Il a été maintes fois constaté que jamais l'unanimité des actionnaires n'a répondu à la convocation d'une assemblée générale quelconque.

N'est-il pas singulier, en outre, de présumer en présence d'une majorité et d'une minorité en désaccord que c'est cette dernière qui soutient les intérêts de la société et que c'est la majorité qui se trompe ? N'est-ce pas une présomption arbitraire et inconcevable surtout dans le cas où la minorité est infime, ou dans celui où l'on a l'assentiment de tous ceux qu'on a pu consulter, sans avoir pour cela l'unanimité seulement parce qu'il est impossible de connaître tous les propriétaires des actions ?

La réalité c'est qu'il est plus fréquent en pratique d'avoir quelques actionnaires qui, par ignorance, mécontentement ou indifférence, font opposition systématique à toute proposition du Conseil d'Administration ou décision de l'assemblée géné-

rale. N'a-t-on pas vu qu'un seul actionnaire cherchait à faire annuler une délibération sans motif, alors que l'unanimité de ceux qui étaient présents approuvait la modification décidée (1).

Tout cela résulte de ce que dans des organisations, aussi nombreuses et qui ressemblent bien à des corps politiques, il est impossible d'éviter des rivalités et des jalousies violentes causées par les compétitions et les appétits pour des postes convoités. Or il est probable qu'un postulant écarté devient un opposant systématique.

La solution restrictive est donc celle qui présente les plus graves inconvénients. D'ailleurs actuellement les partisans de cette opinion reconnaissent ses conséquences néfastes, ce qui est pour nous la meilleure plaidoirie en faveur de la solution libérale. C'est ainsi que plusieurs parmi les auteurs constatant les effets de leurs idées, reconnaissent qu'il y a là un danger et font appel à l'intervention législative pour y parer. Parmi eux, citons MM. Lyon-Caen et Renault qui, après avoir indiqué les inconvénients de la solution restrictive, concluent en ces termes : « Mais cela prouve

(1) V. Trib. civ. Saint-Amand, 28 octobre 1891, *Revue des soc.*, 1892, p. 77. Ce jugement a annulé sur la demande de deux actionnaires plusieurs décisions prises à une grande majorité et notamment une délibération prise à l'unanimité moins deux voix ; v. encore l'affaire du crédit mobilier. Paris, 19 avril 1875 ; D. 75, 2, 161. Sur la plainte d'un seul actionnaire la Cour annula cependant une décision de l'assemblée qui créait des actions de priorité.

seulement que le législateur aurait dû déroger ici aux principes et que les fondateurs de sociétés agissent avec prudence en insérant, dans les statuts, une clause expresse qui en permet la modification par l'assemblée générale ; c'est ce qu'ils manquent rarement à faire (1) ».

Ce sont ces inconvénients pratiques qui ont décidé la jurisprudence à sanctionner la solution libérale, mais, par une façon qui lui est coutumière et qui nous est bien connue, elle chercha toujours à se couvrir en invoquant la loi de 1867. L'assimilation qu'elle fait, entre les sociétés en commandite et les sociétés anonymes par actions, est la meilleure preuve de ce que nous avançons. Son évolution en est une autre d'une importance capitale. En effet, si cette solution découlait des textes de cette loi, il aurait fallu l'admettre dès 1867 et même dès 1863. Cependant jusqu'en 1892 les tribunaux ne permettaient aucune modification sans le consentement unanime de tous les associés. Ils interprétaient les clauses permettant une modification d'une façon étroite et restrictive comme si c'était une exception à un principe établi. Cette idée a été formellement établie par un arrêt de la Cour de Paris du 19 avril 1875 : « Considérant que le pouvoir de modifier les statuts étant une exception aux dispositions du con-

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. II, n° 864. p. 764.
— Cf. Pascaud, *Rev. des soc.*, t. XIII, 1895, p. 569. —
Bonfils, *Rev. crit.*, 1893, p. 415, etc.

trat de société dans lequel se sont engagées les parties, doit être toujours entendue d'une manière restrictive. » Et il continue : « Considérant qu'en dehors des objets spéciaux sur lesquels le contrat aurait expressément permis aux assemblées générales de modifier les statuts, le pouvoir de modification ne peut s'appliquer qu'à des changements qui se feraient dans les limites des règles d'administration ou d'organisation, sans altérer les bases constitutives de la société de manière à blesser l'essence du pacte social (1) ».

Ces idées continuèrent à être admises, sauf par quelques rares arrêts, jusqu'au jour où le célèbre arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 1892 fut cause de l'orientation nouvelle et définitive de la jurisprudence. Cet arrêt déclara : « Qu'aux termes de l'article 31 de la loi de 1867 il appartient aux assemblées générales, constituées conformément aux dispositions de cet article, de délibérer souverainement sur les modifications des statuts (2) ». Un autre arrêt du 29 janvier 1894 (3) consacre à nouveau le même principe presque dans les mêmes termes que nous venons de citer. Et depuis la jurisprudence n'a jamais varié sur le

(1) D. 1875-2-161. Cf. Rouen, 8 août 1868, S. 69-2-236 ; Aix, 14 juin 1879. *Journ. des Soc.* 1880, p. 203 ; Toulouse, 14 juin 1887. *Rev. des Soc.*, 88, p. 40 ; Paris, 15 mars 1890. D. 93-1-105 ; Douai, 31 déc. 1891. *Rev. des Soc.*, 92, p. 21.

(2) D. 93-1-105, note Thaller.

(3) D. 94-1-303, note Lacour.

principe sans aller aussi loin que les termes de l'arrêt de 1892 semblent l'indiquer. En outre, les tribunaux admettent en général l'interprétation extensive des clauses qui autorisent certaines modifications. C'est ainsi qu'un arrêt décide qu'une clause générale permet à l'assemblée extraordinaire de modifier les statuts, sans autre limite que l'obligation de respecter l'objet et la nature de la société, ainsi que l'égalité de traitement entre tous les actionnaires (1). Un autre arrêt tire argument de ce que les statuts autorisent l'augmentation du capital pour valider sa réduction (2).

Et alors du moment qu'aucune loi nouvelle concernant cette question ne fut promulguée entre 1867 et 1892, comment ne pas reconnaître que ce sont des raisons pratiques qui ont imposé le revirement de la jurisprudence ? Le même revirement s'est d'ailleurs produit dans la doctrine. Tous les auteurs affirmaient que le pacte social était intangible sans l'assentiment de tous les associés. Même M. Lyon-Caen qui avait commencé par soutenir l'opinion contraire n'y a persisté que durant peu de temps, qu'il pouvait écrire dès 1880 : « Tout le monde est d'accord aujourd'hui avec cet arrêt, que l'article 31 de la loi de 1867 n'a nulle-

(1) Cassation (requête), 14 mai 1895 ; *Journ. des Soc.* 95, p. 312.

(2) Lyon, 30 décembre 1892 ; *Journ. des Soc.* 94, p. 17.

ment porté atteinte aux principes généraux qui assurent le respect de la convention (1) ».

Ces idées admises par tout le monde autrefois, sont aujourd'hui abandonnées par presque tous les auteurs (2). Doctrine et jurisprudence ont donc fini par admettre que l'assemblée extraordinaire peut modifier dans une mesure plus ou moins étendue les statuts primitifs. Insistons enfin sur ce fait que tous les auteurs, défenseurs de l'ancien système sont les premiers à reconnaître qu'il est très défectueux et que le législateur doit intervenir pour consacrer le système jurisprudentiel. Or, si ce système qui établit le droit de l'assemblée extraordinaire n'a pas reçu de consécration législative, c'est qu'on a jugé que la loi de 1867 est bien interprétée par la jurisprudence. En effet, lors de la discussion de la loi du 1^{er} août 1893, M. Poirrier, sénateur de la Seine, proposa un amendement qui tendait à accorder un très large pouvoir aux assemblées extraordinaires pour modifier les statuts (3). Il justifiait son amendement par ce fait que la loi de 1867 n'est pas assez claire et qu'elle prête à des hésitations et à des contra-

(1) V. *Journ. des soc.*, 1880, p. 278. — Cf. Beudant, *Rev. crit.*, 1870, p. 120. — Boistel, note sous Paris, 6 février 1891, D 92, 2, 385.

(2) V. Thaller, *Traité*, n° 570 et s. et note au D. 93, 4, 105 ; Lacour, note au D. 94, 4, 313. — Wahl, note sous cass., 18 octobre 1899, s. 1901, 4, 81, etc.

(3) *Journ. Off.* du 4 juillet 1893 donnant le compte rendu de la séance du 3 juillet au Sénat.

dictions. « Il est extrêmement important, continue-t-il, que le législateur dise nettement quels sont les pouvoirs des assemblées, parce que le vague de l'article 31 de la loi de 1867, a donné lieu à de très nombreux procès et qu'il fait l'objet des préoccupations des administrateurs de la plupart des sociétés. . Je vous demande de décider, conclut-il, qu'alors même que les statuts n'auraient pas prévus les modifications, sauf dispositions contraires insérées dans les statuts, l'assemblée générale pourra les modifier dans la mesure la plus large. Toutefois, elle ne pourra jamais changer le but essentiel de la société et ce sera toujours sous réserve des droits des tiers... » Voici en quels termes le rapporteur, M. Thévenet, fit repousser cet amendement : « Nous avons pensé que ce texte (article 31 de la loi de 1867) était suffisant. D'abord cet article est aujourd'hui interprété de la façon la plus large par la jurisprudence... Elle a toujours reconnu aux assemblées générales le pouvoir souverain même de modifier les statuts, à la condition de ne pas changer l'objet de la société. Cet article 31 ainsi interprété par la jurisprudence, nous paraît donc fort clair ; il est, croyons-nous, de nature à sauvegarder les intérêts de tous. Il n'y faudrait rien changer ». Enfin, M. Thévenet a terminé par ces mots . « Il est aujourd'hui, reconnu par tout le monde, que les assemblées générales sont souveraines : laissons-leur cette souveraineté telle que l'a faite la loi de 1867, sans rien changer(1) » .

(1) *Journal Officiel*, du 4 juillet 1893, p. 1026 et s.

Les motifs par lesquels on a écarté l'amendement Poirrier, sont donc significatifs.

Cette consécration a été faite par presque tous les législateurs modernes. L'article 274 du nouveau Code de commerce allemand, consacre le principe d'une façon très large. Le Code fédéral suisse en fait autant. L'article 157 du Code italien mis en vigueur le 1^{er} janvier 1883, donne aux assemblées extraordinaires le droit de modifier très largement les statuts. En principe, les modifications ne pourront être décidées que si l'assemblée comprend des actionnaires représentant les trois quarts du capital social et que si la majorité réunit la moitié de ce capital. Les statuts peuvent d'ailleurs en décider autrement.

En Belgique la loi du 18 mai 1873, modifiée par une autre du 22 mai 1886, est d'une clarté parfaite. Déjà en 1866, M. Pirmez parlant au nom de la commission chargée de rédiger le projet, indiquait les motifs du système qui a passé dans la loi : « Dans les dispositions écrites dans les lois pour suppléer au silence des parties, le législateur doit s'attacher à reproduire ce que la raison dit devoir être la volonté d'hommes raisonnables, sauf aux parties à repousser par leur convention, la présomption de la loi. Or, si l'on ne peut admettre qu'un changement au pacte fondamental de la société puisse être décidé avec la même facilité qu'une opération faite en exécution de ce contrat, on doit reconnaître qu'il est impossible de supposer que les contractants aient voulu que ce chan-

gement fut impossible, par cela seul qu'une faible minorité s'obstine à n'y pas consentir. (1) » Par application de ces idées l'article 59 de la loi du 18 mai 1873 porte : « L'assemblée générale des actionnaires a les pouvoirs les plus étendus pour faire ou ratifier les actes qui intéressent la société. Elle a, sauf disposition contraire, le droit d'apporter des modifications aux statuts, mais sans pouvoir changer l'objet essentiel de la société ». Citons enfin la loi anglaise du 7 août 1862 qui nous donne de précieuses indications sur la manière de protéger les minorités. Cette loi permet les modifications les plus graves, qui portent, par exemple, sur le capital social et même sur l'objet de la société (art. 50). L'article suivant exige que toute décision autorisant une modification doit être votée dans une première assemblée par une majorité comprenant au moins *les trois quarts des membres présents* et confirmée par le vote de la *simple majorité relative* d'une seconde assemblée qui doit être tenue deux semaines au plus tôt et un mois au plus tard après la première. Pour les modifications les plus graves, la loi exige en outre l'approbation de la Cour (2) (modification de l'objet ou réduction du capital social par exemple) ».

B. — Dans quelle mesure l'assemblée extraor-

(1) V. Guillery, *Des sociétés commerciales en Belgique*, t. II, n° 733, p. 453 et s.

(2) V. Destruels, *Traité pratique de législation anglaise sur les sociétés anonymes* (limited) 1896, pp. 12, 34, 60 et s.

dinaire peut-elle modifier les statuts ? Nous avons vu que les premières décisions de 1892 et 1894 employaient des termes très larges (1) et nous avons remarqué tout de suite que jamais la jurisprudence n'est allée jusque là. D'autres arrêts, en petit nombre d'ailleurs, prétendant que c'était là une exception au principe posé par l'article 1134 C. C., décident que des modifications très légères et sans grande importance, ne dépassant pas les limites des actes d'administration, peuvent seules être permises : « Dans cette mesure seulement, a-t-on dit, les associés sont censés s'être donné les uns aux autres le mandat de statuer souverainement, en assemblée générale, sur les modifications statutaires qu'il serait dans l'intérêt de la société d'adopter (2) ». Mais alors, du moment qu'on fait appel à l'art. 1134, pourquoi distinguer entre les modifications importantes et celles qui ne sont que d'une importance minime. L'article 1134 ne distingue pas. D'ailleurs, au point de vue pratique, cette solution est insuffisante. Cependant elle fut soutenue par quelques auteurs et surtout

(1) Cf. M. Mathieu, rapporteur de la loi de 1867, D. 75, 2, 161 et avec M. Bouguignat : *Commentaire de la loi sur les sociétés du 24 juillet 1867*, p. 178, s.

(2) Paris, 19 avril 1875, D. 75, 2, 161, avec les conclusions remarquables de M. Hémar ; Cf. Trib. de comm. de la Seine, 20 juill. 1899, *Journ. des soc.*, 99, p. 509. Et cependant dans l'une et l'autre de ces décisions les statuts autorisaient d'une manière générale les modifications.

par M. l'avocat général Hémar. La jurisprudence ne l'a pas admise. Elle fait en général une autre distinction. Elle autorise les modifications qui ne touchent pas aux bases essentielles de la société.

Voici comment s'exprime l'un des arrêts qui admettent l'opinion commune : « Attendu, en fait et en droit, que les pouvoirs d'une assemblée générale, même extraordinaire, sont toujours limités aux clauses secondaires du pacte social, mais qu'elle ne peut, à moins de convention expresse, changer les bases essentielles de la société, à moins que l'unanimité des actionnaires ait été de cet avis (1) ».

Mais comment distinguer les bases essentielles et les clauses secondaires ? Controverses et par suite variétés infinies de solutions, soit parmi les auteurs, soit parmi les décisions des tribunaux. Cependant l'accord a lieu sur les modifications de caractères extrêmes. On permet celles qui n'atteignent que très légèrement l'organisation primitive (2) et on interdit celles qui réalisent un chan-

(1) Trib. civ. de la Seine, 4 août 1900 ; *Journ. des Soc.*, 1901, p. 312 ; Cf., Cass. 29 janvier 1894 avec les conclusions de l'avocat général Desjardins ; D. 94-1-313, note Lacour ; 2 arrêts de Cassation (req.) 18 octobre 1899 ; D. 99-1-567, etc

(2) On considère comme modifications généralement autorisées celles qui règlent le nombre des administrateurs ou des commissaires de surveillance, l'époque de la distribution des dividendes, le lieu de réunion et le mode de convocation des assemblées, etc.

gement radical des statuts (1). Pour le reste, incertitude complète. Or, c'est là la majorité des cas. C'est là un des vices importants du système. D'ailleurs, il repose aussi sur l'article 1134 ; or, nous l'avons déjà dit et nous le répétons, cet article ne fait aucune distinction. Nous savons aussi qu'on a essayé de dire qu'on présume que chaque associé, en formant la société, s'est incliné d'avance devant les mesures que votera la majorité ; que juridiquement donc la minorité est liée par sa volonté. Seulement, ajoute-on généralement, cette présomption a pour limites nécessaires les bases de l'acte lui-même pour lesquelles, il est certain, l'actionnaire a voulu garder toute sa liberté. Ces droits, réservés par les actionnaires, s'imposent donc au respect de la majorité de l'assemblée. C'est à peu près le langage tenu par le législateur belge et que nous avons vu plus haut (nous avons vu que l'article 59 de la loi belge de 1873 est très large). On peut le tenir, à la rigueur, quand les statuts autorisent les modifications d'une façon générale et sans aucune précision. Mais, dans leur silence complet, nous ne comprenons pas comment on peut le soutenir et nous acceptons volontiers l'opinion de MM. Lyon-Caen et Renault là-dessus : « En l'absence de toute distinction faite par la loi, il n'est pas possible, sans

(1) Comme exemples de celles presque unanimement prohibées on peut citer : la transformation complète du capital ou de l'objet social.

tomber dans l'arbitraire, de faire varier le pouvoir des assemblées générales avec la nature des modifications dont il s'agit (1) ». M. Labbé soutient la même opinion : « Chaque contractant a le droit de soutenir que son consentement a été déterminé par chacune des clauses du contrat. Il n'est pas permis de distinguer entre les clauses essentielles et les clauses secondaires. Toutes sont également réputées la condition de l'assentiment au contrat, de l'adhésion à la société. Tel est le principe (2) ». A cela les arrêts ne répondent rien tout en continuant à invoquer leur critérium.

Même discussion sur le point de savoir si ce critérium doit être appliqué d'une façon subjective ou d'une façon objective. La première manière d'envisager les choses aboutit à des résultats tellement contradictoires que jamais on ne saurait quel sort sera réservé à n'importe quelle modification. Ce que l'un peut trouver secondaire, l'autre peut affirmer qu'il le considère comme essentiel et principal. Aussi la jurisprudence admet la seconde manière et décide qu'on n'a pas à chercher la volonté des actionnaires et qu'on doit apprécier la modification prise en elle-même ; c'est là une question de droit et non de fait et c'est ce qui explique l'intervention de la Cour suprême en cette matière. Mais n'est-ce pas là aussi la condamna-

(1) *Traité*, t. II, n° 864, p. 764.

(2) Labbé, en note sous Cass. ; Req. 27 juin 1881. S. 81-1-441.

tion de la base même qu'on a donné à ce critérium. Cette base est la volonté individuelle des associés. Or, ici on nous parle de toute autre chose et surtout on décide de ne pas en tenir compte. D'ailleurs elle conduit à un arbitraire gênant et à des résultats très minimes par rapport à ceux permis par les autres législations poussées par les exigences et les besoins de la pratique. Aussi les rédacteurs des statuts cherchent toujours à y insérer pour les permettre toutes les modifications qu'un avenir plus ou moins lointain pourrait exiger.

Mais ce qui rend surtout cette jurisprudence critiquable c'est qu'elle invoque généralement la loi du 24 juillet 1867 et son article 31, sans vouloir en tirer les conséquences qu'imposent son esprit et ses termes. Cet article autorise ceux qui se réclament de lui, à admettre toutes les modifications. Il mentionne quelques-unes des plus importantes. Et en validant les changements que l'assemblée extraordinaire décidera en ce qui concerne la durée de la société, il permet sa dissolution (l'article 37 aussi) avant le terme convenu, ou la prolongation de sa durée ce qui maintient dans les liens sociaux des actionnaires qui comptaient sur la dissolution prochaine et le partage de l'actif qui en résultera.

Ce sont là des modifications importantes qui visent les bases essentielles du pacte social et elles sont mises sur le même pied que les modifications en général et le même texte, qui les autorise, les sépare par la particule « ou ». Or, cette

même jurisprudence, qui s'appuie sur cet article pour autoriser en principe les modifications, se montre hostile aux modifications qui visent la durée de la société. Il y a là une contradiction flagrante : ou il faut avouer que l'article 31 n'a pas la portée qu'on lui prête et qu'il se borne à imposer certaines conditions pour le vote des changements autorisés par les statuts, ou il faut accepter l'opinion jurisprudentielle en ce qu'il (l'article) autorise les modifications et alors on doit respecter sa décision relative à la prorogation et à la dissolution de la société. Et comme la durée de la société est certainement un des points essentiels, on est conduit à reconnaître que l'article en autorisant, d'une manière générale, les modifications n'a pas voulu viser seulement les points secondaires, puisqu'il indique immédiatement comme permises des modifications essentielles sans les présenter comme des exceptions au principe qu'il vient de poser.

D'ailleurs, la jurisprudence elle-même a été obligée, parfois, poussée par des considérations de fait et d'utilité pratique, à permettre les modifications les plus essentielles, celles qui visent l'objet même de la société. Nous voulons parler du pouvoir d'étendre l'objet social. D'après leur critérium, les tribunaux devaient prohiber toute extension des affaires sociales qui nécessiterait une modification des statuts. Trouvant cette solution inadmissible, comme heurtant l'essence même de toute entreprise commerciale ou industrielle,

les tribunaux ont estimé, dans de nombreux cas, qu'il était impossible d'interdire cette extension (1) Ils ont été jusqu'à autoriser l'adjonction de l'éclairage par l'électricité à l'exploitation du gaz, et la Cour de Cassation (2) pour valider ces atteintes à l'objet social et pour feindre de vouloir respecter la distinction généralement admise, décida que cette extension pouvait être considérée comme *une simple amélioration de service*, alors que les statuts prévoyaient seulement l'éclairage pour le gaz : « attendu, dit l'arrêt, que la question se po-

(1) Cf. Thaller, note sous Cass. 26 novembre 1894 D. 95-1-57. Cass. 14 janvier 1885. D. 85-1-403 confirmant. Paris 30 juin 1883 et Trib. Com. Seine, 20 janvier 1881.

(2) Cass. 27 juin 1900. S. 1900-1-457, avec note. Cf. Orléans, 9 janvier 1901, *Journ. des Soc.* 1901, I, p. 356.

Les décisions en sens contraire, sont nombreuses ; v. notamment Trib. Com. Seine, 25 juin 1891, *Journ. des Soc.* 91, p. 498, qui refusait à une Société d'ajouter l'exploitation d'un second café à celle d'un premier ; Cass. 14 févr. 1853. D. 53-1-44 qui refusait d'autoriser une compagnie de chemin de fer à restreindre son entreprise à l'une des deux lignes qu'elle exploitait primitivement ; Paris 25 déc. 1897, *Journ. des Soc.* 98, p. 113. Cet arrêt concerne une hypothèse semblable à celle visée par l'arrêt de Cass. du 27 juin 1900, précité et il s'exprime en ces termes : « Considérant qu'il est de principe et de règle absolue, en droit, qu'une société anonyme ne peut se modifier dans son essence et se transformer dans son objet, sans l'assentiment unanime de tous ses actionnaires ; que ce principe et cette règle sont les conséquences de cette autre règle toute de logique et de raison, que nul ne peut être contraint d'entrer contre son gré dans une société, à laquelle il refuse de confier ses capitaux... »

sait de savoir, si en appliquant l'éclairage électrique à un certain nombre de monuments et de voies de la ville de Bordeaux, la [compagnie n'avait pas simplement réalisé, dans *le service général* dont elle était chargée, une *amélioration* que ni ses statuts, ni sa concession, ne lui interdisent d'entreprendre ; — Attendu qu'en cet état l'arrêt attaqué devait examiner d'une part, si dans les conditions où elle a eu lieu, *l'application faite de l'éclairage électrique* par la compagnie du gaz de Bordeaux constituait *une simple amélioration de son service*, et, d'autre part, si la nature de sa concession lui interdisait ou non d'entreprendre cette amélioration ». Personne ne peut douter que c'était un moyen détourné pour valider une extension de l'objet social tout en continuant à affirmer qu'on ne peut modifier que les clauses secondaires du pacte social.

Aussi un arrêt de la Cour de Lyon a rejeté cette distinction en s'exprimant ainsi : « Considérant que dans ses termes généraux l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 n'établit aucune distinction entre les modifications que les sociétaires réunis régulièrement en assemblée générale peuvent apporter aux statuts ; *qu'il n'édicte aucune restriction*, et qu'ainsi à moins d'interdiction formelle écrite dans les statuts, *l'assemblée est investie du droit de prendre toutes les mesures qu'elle juge utile à l'intérêt social*..... ; qu'elle a pu ainsi valablement faire ce qui ne lui était pas défendu par une stipulation

expresse, et voter ainsi la diminution du capital social ; etc... (1)

Mais c'est l'écrasement de la minorité nous dirait-on ? Nous ne le pensons pas ; pourtant nous estimons que l'intervention de la loi serait d'une grande utilité. Le législateur pourra s'inspirer des lois étrangères et surtout de la loi anglaise dont nous avons vu comment elle organise cette protection en présence des pouvoirs très larges qu'elle reconnaît aux assemblées extraordinaires. La loi italienne peut aussi servir de base à un système de protection. L'article 157 du code de commerce, qui donne à l'assemblée extraordinaire le pouvoir de changer la durée de la société, d'augmenter ou de réduire son capital, ou de changer le but primitif, n'a pas voulu laisser la minorité sans défense devant les abus qui peuvent en résulter. Aussi décide-t-il que les actionnaires formant la minorité peuvent se retirer de la société et obtenir le remboursement de leurs actions dont la valeur sera déterminée, en prenant pour base le *dernier bilan approuvé*, dans le cas où les modifications tendent à augmenter le capital ou la durée de la société, comme dans ceux où on veut réaliser une fusion avec une autre société ou changer l'objet social : « Tant que les modifications votées dans l'assemblée ne portent pas atteinte à l'essence de la société et n'aggravent pas les obligations assu-

(1) Lyon 30 décembre 1892; *Journ. des Soc.* 1894, p. 17.

mées dans le contrat, elles sont obligatoires pour tous les associés, c'est conforme aux principe du droit en matière d'association. Mais quand, par une délibération de l'assemblée sur la fusion de la société avec une autre, on vient à changer son individualité juridique ; ou quand on altère le but en décidant un changement de l'objet de la société ; ou encore quand par une proposition sur la réintégration (mot à mot : remise en entier), ou sur une augmentation du capital social, on dispose de choses que les associés n'ont pas confié à la société et auxquelles on ne peut étendre les pouvoirs de l'assemblée générale ; ou enfin quand on décide de proroger la société au delà du terme pour lequel les associés dans l'acte constitutif se sont liés, bien que cet acte ne réserve pas la faculté de prorogation ; dans tous ces cas, il semble d'une absolue justice que les opposants aient le droit de se retirer de la société et d'exiger le remboursement de leur part en proportion de l'actif existant (1) ». Ce système nous paraît très séduisant en ce qu'il sauvegarde les intérêts de la minorité. Naturellement tout actionnaire peut vendre son action, mais seulement au prix du marché. Il peut arriver, en effet, que par suite du vote même de la modification, les prix des actions baissent et alors on a trouvé injuste, d'imposer à ceux qui protestent contre une

(1) Rapport ministériel au Sénat italien justifiant ces innovations, cité par Appleton, *Du Droit pour les assemblées extraordinaires*, etc., p. 178 en note 2,

modification, les mauvaises conséquences d'une mesure qu'ils condamnaient. C'est ce qui a décidé le législateur à prendre pour base la valeur des actions telle qu'elle résulte du dernier bilan social. Ceci n'enlève pas aux dissidents le droit de vendre leurs actions au cours de la Bourse s'il y ont intérêt.

Notons aussi que ce système est beaucoup plus avantageux que l'annulation de la délibération. En effet, le vote de la modification peut produire une baisse que son annulation ne pourra toujours arriver à surmonter même partiellement.

M. Appleton, trouve que ce système n'est pas sans inconvénient, que s'il donne à l'actionnaire, de précieux avantages, c'est peut être au détriment des intérêts de la société (1).

En tout cas, on peut dire que pour l'adopter, il faut l'intervention du législateur et qu'alors la question des limites du pouvoir des assemblées extraordinaires reste entière.

Voyons donc les divers systèmes défendus par les auteurs. On a cherché à faire intervenir la théorie de l'abus de droit, en disant que pour invoquer un droit, on doit vouloir atteindre un but, détourner un droit de son but économique et social, c'est commettre un abus. Faisant usage de cette idée dans notre cas, on arrive à reconnaître à l'assemblée générale le droit d'apporter aux

(1) Appleton, *op. cit.*, p. 181, n° 99.

statuts toutes les modifications nécessaires au fonctionnement de la société que déterminent le but des opérations sociales (1). Mais on ne nie pas que ce système est aussi arbitraire que celui de la jurisprudence. C'est là, sa meilleure condamnation.

Nous croyons que ces limites doivent être cherchées dans la nature même des sociétés par actions et dans les principes généraux du droit.

Nous avons vu que la société par actions implique, par sa nature même, la faculté pour l'assemblée générale d'apporter des modifications aux statuts sociaux : « Lorsqu'une personne souscrit pour une certaine somme lors de la fondation de la société, elle entend devenir associée ; l'objet du contrat c'est de lui conférer moyennant des prestations limitativement déterminées la propriété libre et irrévocable d'un certain nombre d'actions, et c'est tout (2) ».

Le contrat implique donc que l'actionnaire restera toujours propriétaire de son action sans qu'on puisse lui aggraver les charges que lui impose le contrat primitif. L'augmentation du capital social par l'augmentation du montant de chaque souscription, n'est donc pas permise. On ne saurait de même transformer la responsabilité limitée de certains actionnaires en responsabilité illimitée,

(1) Morin, cours de droit civil approfondi : *Evolution de la théorie du contrat depuis le Code civil*.

(2) Appleton, *op. cit.*, p. 211, n° 131.

puisque de la nature même du contrat, les risques courus par chaque associé doivent être limités à une certaine somme. Pour ces changements, l'assentiment unanime est donc nécessaire. De ce que ce contrat assure la propriété des actions à chaque souscripteur, il résulte qu'on ne pourrait contraindre ce dernier à vendre ses actions, ni à acheter d'autres.

Ces limitations sont de l'essence de tout contrat de société et doivent donc être respectées par l'assemblée extraordinaire de n'importe quelle société.

D'autres limitations spéciales et qui varient selon les sociétés peuvent résulter des droits que les statuts reconnaissent aux actionnaires. Ces droits peuvent même varier dans chaque société suivant les différents groupes d'actionnaires. Ces limitations résultent des statuts qui les mentionnent formellement. L'associé est titulaire d'un droit propre que la société doit respecter. Un exemple, des plus ordinaires et des plus pratiques, est le droit de vote reconnu seulement au porteur d'un certain nombre d'actions. Ce nombre peut varier suivant les différents groupes. En tout cas, l'assemblée extraordinaire ne peut écarter certaines catégories d'actionnaires auxquelles on avait réservé dans les statuts une part dans l'administration de la société. Autrement, les groupes qui ont la majorité des actionnaires peuvent supprimer tous les avantages que reconnaissent les statuts aux groupes de petits actionnaires.

Mais si les rapports entre les groupes sont intangibles et doivent être respectés tels que les ont reconnus les statuts, la majorité de chaque groupe peut imposer sa volonté à la minorité du groupe, à la condition de ne pas atteindre les rapports précités. En effet, dans chaque groupe, les actionnaires ayant des droits identiques, sont dans la même situation des actionnaires d'une société qui ont tous des droits identiques et de même nature. Ces modifications constituent alors l'abandon de certains droits que les intéressés consentent à sacrifier dans les conditions de l'article 31 de la loi de 1867.

C'est ce qui devait permettre à la jurisprudence de valider la création des actions de priorité avant la loi de 1902. Au moment où cette création est décidée, ceux auxquels elle portera préjudice sont les seuls qui votent et qui décident de faire place, à côté d'eux, à d'autres qui auront une situation privilégiée.

D'autres limitations peuvent résulter de l'interdiction faite par les statuts d'opérer certaines modifications expressément désignées.

Enfin les principes généraux du droit viennent interdire deux modifications particulièrement importantes : en premier lieu, l'assemblée générale ne saurait transformer complètement le but de la société ; faire, par exemple, d'une compagnie de chemins de fer, une compagnie d'édition ou de cinématographe. En effet, si nous avons écarté l'application de l'article 1134, c'est parce que la

nature même du contrat, en créant un organisme spécial dans un but déterminé, répugne à l'idée du principe individualiste. Nous avons dit aussi que pour permettre à cet organisme d'*atteindre le but* en vue duquel il a été créé, il faut que la société puisse évoluer et se modifier. Mais alors, si on change d'avis et qu'on ne veuille plus atteindre le but désigné par le pacte social, pour en poursuivre un autre, chacun devrait et doit recouvrir sa liberté pleine et entière pour accepter ou refuser cette transformation. L'unanimité des actionnaires est donc obligatoire dans une pareille hypothèse qui substitue en réalité une société à une autre. Mais si le but de la société va rester le même, toutes les autres modifications de l'objet social seront valables. C'est ce qui a été reconnu par quelques rares arrêts : « Attendu, en effet, dit un arrêt de la Cour de cassation, que si en principe les assemblées, mêmes générales et extraordinaires, ne peuvent imposer aux actionnaires l'obligation de se soumettre à des dispositions qui, en modifiant les conditions fondamentales d'une société, en changeant l'essence et créent en quelque sorte une société nouvelle, on ne saurait, etc... (1). » Un autre arrêt aussi catégorique s'exprimait ainsi : « Attendu que la délibération n'a fait qu'élargir le cercle des affaires de la société ; que la société du crédit rural n'a point été

(1) Cass. 21 juin 1881. D. 81-1-465.

reconstituée ; qu'elle est demeurée légalement la même (1). » C'est ce qu'admettait aussi l'avocat général Desjardins dans une de ses conclusions à la Cour de cassation : « Il suffit, dit-il, pour que l'assemblée générale ne franchisse pas sa sphère d'action que la société par actions reste elle-même (2) ». Ceci nous décidera évidemment à approuver les arrêts qui permettent aux sociétés constituées pour l'éclairage par le gaz d'adjoindre à leur exploitation l'éclairage électrique ; en effet, du moment que l'exploitation de l'éclairage par le gaz continue, on ne saurait prétendre qu'il y a substitution d'une entreprise à une autre.

Une deuxième restriction au pouvoir des assemblées extraordinaires résulte aussi de la simple application des principes généraux. Nous voulons parler du droit d'égalité entre les actionnaires. Ce principe paraît à plusieurs auteurs comme essentiel, et par suite, disent-ils, il ne doit comporter aucune exception. On a voulu soutenir que ce principe, aussi large qu'on pourrait le concevoir, a été imposé par l'article 34 du code de commerce qui s'exprime ainsi : « Le capital de la société anonyme se divise en actions et même en coupons d'actions d'une valeur égale ». De là, on conclut que la loi impose de faire à chacun des actionnaires, une situation identique, en tous points, à celle des autres associés. La situation doit donc être la

(1) Cass. 14 janvier 1885. D. 85-1-403.

(2) Cass. 29 janvier 1894. D. 94-1-313 ; note Lacour.

même, dit-on, soit quant au taux de l'action, soit quant aux avantages conférés à chaque titulaire d'une action. Nous jugeons que ces affirmations sont exagérées et que cet article n'a pas, du tout, la portée qu'on paraît vouloir lui reconnaître. L'article ne traite que de la valeur des actions et exige que leur montant nominal soit le même; mais il n'exige pas une égalité de traitement entre tous les propriétaires d'actions. Toutes les actions peuvent avoir la même valeur nominale et reconnaître des droits très variés aux actionnaires suivant les groupes auxquels ils appartiennent. La loi de 1902, autorisant la création d'actions de priorité, consacre formellement ce que nous avançons. D'ailleurs les termes de l'article ne sont pas impératifs (1), et alors les parties peuvent l'écarter et décider qu'il en soit autrement.

Cet article écarté, on doit écarter aussi le principe de l'égalité entre actionnaires sur lequel il est basé, s'il n'y avait pas d'autres raisons pour l'admettre. C'est ce que M. Appleton (2) a pensé trouver dans les principes généraux du droit et que nous approuvons aussi, et c'est ce qui va permettre de restreindre le domaine de son application.

D'après les principes généraux, lorsque la personnalité des parties qui ont formé deux con-

(1) Lyon-Caen et Renault, n° 558, p. 396, et n° 519, p. 361. Ils confirment cette opinion par les travaux préparatoires de la loi de 1867, v. p. 361, note 2.

(2) V. Appleton, *op. cit.*, n° 157, p. 245.

trats, est absolument indifférente (comme c'est le cas pour les sociétés anonymes) et que ces contrats ont été passés dans des conditions absolument pareilles, ils doivent nécessairement produire les mêmes effets et conférer, à ceux qui y ont participé, les mêmes droits et les mêmes obligations. Il s'ensuit, que si les contrats primitifs ne remplissent pas rigoureusement ces conditions, ils peuvent produire des effets qui varient suivant la volonté de ceux qui les ont faits. Mais il résulte aussi, en appliquant le principe posé au cas qui nous occupe, que cette égalité est intangible et nécessaire entre les actionnaires d'une même catégorie seulement. Rien au contraire n'impose l'égalité entre actionnaires de catégories différentes. Et comme l'assemblée extraordinaire ne peut porter aucune atteinte aux droits consentis à un actionnaire, il en résulte qu'elle ne peut pas modifier la situation réciproque des diverses catégories entre elles. C'est ce rapport seul qu'elle doit respecter. Pour modifier ce rapport, il faut, comme nous l'avons vu un peu plus haut, obtenir l'assentiment de la majorité du groupe des actionnaires qui vont se trouver, par ce changement, dans une situation plus désavantageuse relativement aux actionnaires des autres catégories, tout en maintenant l'égalité entre les actionnaires du groupe. C'est ce qu'a accepté aussi M. Thaller : « Ce qu'il y a de vrai dans cette doctrine d'égalité nécessaire se ramène à ceci : il n'appartiendrait pas à un groupe de porteurs de profiter de son influence pour s'assu-

rer désormais, dans un vote de modifications, un rendement privilégié par rapport aux autres actionnaires de même série (1) ». Une décision du tribunal de Commerce de la Seine en fait l'application dans ces termes : « Attendu que par suite, aucune atteinte n'est portée au principe de l'égalité qui doit régner *entre les divers actionnaires* d'une même catégorie, la seule qui puisse être invoquée en matière de société anonyme (2) ».

Ces limites aux droits de l'assemblée extraordinaire se ramènent donc à ce que : les engagements et les obligations des actionnaires ne peuvent être aggravés ; les droits qui leur ont été formellement reconnus ne sauraient leur être enlevés ; lorsqu'il existe différents groupes d'actionnaires les rapports qui existent entre eux sont intangibles ; l'égalité entre actionnaires d'une même catégorie doit être respectée et enfin l'objet de la société ne peut se transformer jusqu'à en changer le but.

Nous avons là une des brèches les plus importantes faites à l'article 1134 du Code civil.

IV. — Modifications que d'autres que les parties contractantes peuvent imposer.

Dans d'autres cas ce sont des personnes étrangères au contrat qui interviennent pour le modifier. La loi le permet, ou on voudrait qu'elle le

(1) Thaller, en note sous Cass. 30 mai 1892. D. 93-1-110.

(2) Trib. com. de la Seine, 13 novembre 1899, *Journ. des Soc* 1900, p. 135.

permette, pour défendre les intérêts divers que nous verrons en parcourant les plus importantes de ces situations.

A. Le droit commercial nous offre un exemple où une certaine majorité peut obliger les membres de la minorité à modifier les contrats qui existaient entre chacun d'eux et une autre et même personne. En effet, dans le concordat simple ou par abandon d'actif, nous avons des créanciers qui se voient imposer une réduction de leurs créances ou un terme parce que cette mesure a été votée par la majorité des créanciers.

On justifie cette décision de l'article 307 et s. du Code commercial, en prétendant que les intérêts de tous les créanciers étant identiques, malgré l'absence de tout lien contractuel, la minorité doit se soumettre à la décision de la majorité pour éviter des frais qui pourraient englober tout l'actif du débiteur commun. La minorité est d'ailleurs protégée, par ce fait que le rapport entre les créances de même nature doit proportionnellement rester le même, et par l'homologation du concordat par le tribunal.

En réalité, il y a là un contrat nouveau imposé par la majorité des créanciers. Ce contrat a pour effet de modifier les nombreux contrats qui existaient entre chaque créancier et le débiteur commun (1).

(1) Ceci se passe sous le droit commercial, mais ce serait une des conséquences heureuses de l'admission et

B. Les rapports entre ouvriers et patrons nous donnent un second exemple où l'on tend à admettre que la majorité, *de ceux qui ont un intérêt commun*, peut imposer à la minorité une décision qui modifie les rapports individuels qui existent entre chacun d'eux, tous et une autre personne, la même pour tous.

C'est ce que décident plusieurs projets de lois dont nous voudrions étudier les principaux.

Mais avant de le faire, nous devons préciser l'effet des grèves sur les contrats qui existent entre patrons et ouvriers. En d'autres termes, une grève rompt-elle ces contrats ? Les laisse-t-elle subsister ? Dans ce dernier cas seulement nous dirons que les grèves modifient le contrat et nous chercherons les conditions dans lesquelles elles se produisent. Cette question soulève des discussions et des controverses interminables. La jurisprudence admet une solution rejetée par presque tous les auteurs.

La question a été soulevée par les patrons et par les ouvriers. Les uns soutenaient que le contrat a été rompu sans préavis, ni observations de délai-

de la réglementation de la faillite civile. En outre, remarque M. Demogue : « On a vu des Etats obérés traiter de la réduction de leur dette avec des porteurs de titres et imposer le traité passé avec un groupe à l'ensemble des porteurs... C'est toujours l'application de cette idée qu'un créancier serait mal venu à se montrer plus intransigeant que les voisins » ; Demogue, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, p. 58.

congé, qu'il y avait là un abus de droit de résiliation qui leur permettait de demander des dommages-intérêts par application de l'article 1780. Les autres, contestant ces faits, prétendaient que le contrat tenait toujours et que les patrons (par exemple) devaient reprendre les ouvriers une fois la grève finie. On voit l'intérêt de la question.

La plupart des auteurs soutiennent que la grève constitue, non une rupture, mais seulement une suspension du contrat de louage. Ils commencent par invoquer la commune intention des parties : les ouvriers qui se mettent en grève n'ont pas l'intention de rompre le contrat et le patron n'a qu'une idée, reprendre le travail interrompu. Patrons et ouvriers continuent à se croire liés les uns aux autres ; ils suspendent le travail dans une crise passagère qui sera suivie de la reprise du travail. C'est pourquoi ils restent en contact et multiplient les propositions et les tentatives de conciliation. Dans plusieurs cas, les grévistes ne demandent que le renvoi d'un ouvrier, d'un contremaître et s'ils obtiennent satisfaction, ils reprennent le travail aux conditions anciennes. Dans d'autres cas, on les a vus prendre les mesures nécessaires pour la conservation d'une mine, des machines ou des matières périssables : Tout cela suppose donc que seule l'exécution du contrat a été momentanément suspendue, comme elle l'eût été par une inondation ou un incendie. D'ailleurs, quand un locataire ne paie pas son loyer, un acheteur son prix, cela n'empêche pas le bail, la vente de subsister : « La

grève est donc simplement un refus temporaire d'exécution, quelque chose d'analogue au droit de rétention du vendeur ou d'une façon plus générale à l'exception *non adimpleti contractus*, qui n'est qu'une fonction du dol et qui n'a rien de commun avec la résolution ou une résiliation d'un contrat (1) ». Il en est ainsi, alors même que la grève a pour but d'obtenir une modification au contrat primitif.

Parmi les défenseurs de cette opinion, on trouve MM. P. Pic, Planiol, Esmein, Wahl (2).

Ils invoquent aussi la loi du 18 septembre 1901 sur les périodes des réservistes ou territoriaux et celle de 1909 sur le repos des femmes en couches, pour prouver que le contrat peut subsister malgré l'interruption du travail. Et ils ajoutent que la solution contraire, adoptée par la jurisprudence, est une véritable entrave au droit de grève qui pratiquement ne pourrait réussir que dans le cas où il est déclaré brusquement ; en effet, avec les délais-

(1) M. Planiol, en note sous Cass. 4 mai 1904. D. 1904-1-369.

(2) Quelques rares arrêts admettent cette solution. V. Trib. civ. Lille 26 févr. 1907, sous Cass. D. 1907-1-369 ; Cf. Deux décisions du Cons. des Prudh. de la Seine du 9 juin 1906. D. 1907-5-5 et du 23 juin 1906, *Gaz. des Tribunaux*, 9 août 1906. — Nous avons vu et nous avons approuvé une opinion différente de M. Demogue. Il considère le fait de cesser le travail comme légitime et comme une application du droit de rétention, dans le cas où le patron refuse d'exécuter une clause du contrat (Voir *suprà*, 2^e partie, chap. I, § 2, p. 161, en note 1).

congés et les prévenances, le patron pourrait arriver à remplacer les mécontents.

Enfin, il faut reconnaître que le projet de loi du 2 juillet 1906, sur le contrat du travail, consacre, en l'aggravant, l'idée de suspension. « L'article 56, dit l'exposé des motifs, vise la grève. La jurisprudence de la Cour de cassation tient la grève pour une rupture du contrat de travail. L'étude des faits semble, au contraire, établir que dans le plus grand nombre des cas, ni les employeurs, ni les employés, n'estiment que le lien qui les unit est entièrement rompu par la cessation du travail, et les tentatives de conciliation auxquelles ils se prêtent, attestent qu'ils tiennent le plus souvent la grève pour une simple suspension du contrat. Lorsqu'ils estiment qu'il y a rupture, ils l'affirment le plus souvent par des manifestations expresses, soit que l'employeur ait avisé les employés d'avoir à chercher du travail ailleurs, soit que les employés en suspendant le travail, aient fait connaître leur dessein de chercher un autre engagement. Il y aura donc lieu d'apprécier la grève suivant les espèces ».

D'autres auteurs vont moins loin et proposent cette distinction : si la grève a des causes intrinsèques au contrat de travail, si elle a pour but, d'obtenir le renvoi d'un ouvrier ou d'un contre-maitre, si elle est une grève de solidarité, elle constituera une suspension du contrat. Il en sera de même toutes les fois qu'elle a pour but d'obliger l'employeur à le respecter. Il y aura par contre

rupture quand la grève a pour but d'obtenir une modification au pacte primitif, quand elle tend à imposer le remplacement d'une clause par une autre (1). Remarquons tout de suite que dans cette opinion, jamais le contrat n'est modifié par suite d'une grève. Dans le cas où il y a suspension le contrat reste le même, et on ne peut non plus parler de modification, dans les cas où on dit que le contrat est rompu.

Quelle est la valeur des arguments que nous venons de citer ? L'intention commune des parties, disent les auteurs et l'article 56 du projet de 1907, sans voir toutes les conséquences fâcheuses que l'acceptation de cette idée ménage aux ouvriers. En effet, que répondre à un patron qui, venant de fermer ses chantiers, dirait : « c'est un lock-out que j'ai pratiqué, je ferme mes chantiers, mais je ne romps pas le contrat de mon travail, et vous, ouvriers, vous devez attendre le jour où vous accepterez mes conditions pour reprendre votre travail ».

Ces auteurs disent que dans le contrat de louage et de vente l'acheteur et le locataire peuvent refuser de payer le prix de vente ou le loyer sans que le contrat soit rompu ; nous leur répondons que dans ces mêmes contrats, le vendeur et le bailleur peuvent aussi refuser de livrer la chose vendue ou louée sans rompre le contrat.

(1) V. Amiot et Demogue, *Rev. trim. du droit civ.* 1902, p. 892. Cauvès et autres, *Bul. de la Soc. d'ét. législ.* 1907, nos 1 et 2.

Quant à l'article 56 du nouveau projet et à l'exposé des motifs qui l'accompagne, nous remarquons qu'il n'apporte rien de nouveau, qu'il s'est contenté de reproduire ce qu'avaient déjà dit, depuis longtemps, quelques auteurs. Il mérite d'ailleurs d'être reproduit pour mieux juger de sa valeur juridique. « La grève est, sauf manifestation contraire de la volonté de l'une ou de l'autre partie, une suspension du contrat de travail. Le refus par l'une des parties de recourir à la procédure de conciliation ou à l'arbitrage dans les formes instituées par les lois spéciales, sera considéré comme une rupture du contrat du fait de cette partie.

« Dans les services publics et dans les établissements industriels d'État dont le fonctionnement ne saurait être interrompu sans compromettre les intérêts de la défense nationale, la grève ou cession concertée du travail est *ipso facto* une rupture du contrat de travail ».

On proclame que la grève est une suspension et non une rupture du travail. Mais comment justifier cette décision ? Il ne faut pas le demander, surtout au législateur, qui s'interdit à lui-même toute justification de ce genre, en proclamant que dans les services publics et dans les établissements industriels de l'État la grève est une *rupture* et non une *suspension*. Aucune justification juridique ne peut permettre cette distinction, et quand les ouvriers des arsenaux quittent par exemple le travail, n'ont-ils pas l'intention d'y

retourner ? Manifestent-ils d'une façon expresse leur volonté de rompre le contrat ?

Pour que la suspension devienne rupture, il suffit au patron d'embaucher d'autres ouvriers pour ne pas éteindre ses hauts-fourneaux ou pour pouvoir remplir les engagements qu'il avait pris envers ses clients. Les ouvriers font grève et c'est le patron qui rompt le contrat de travail. A-t-on vu pareille logique ?

Cet article est arbitraire, en faveur de l'État contre ses ouvriers, et en faveur des ouvriers et des employés contre les individus et les patrons. D'ailleurs, la loi ne dit rien du lok-out. Doit-on admettre aussi pour ce cas la suspension ? Si oui, que diront les ouvriers ; si non, que dira-t-on de la volonté des parties ?

En réalité, cet article (1) ne mérite pas de retenir plus longtemps notre attention, et en tout cas attendons qu'il soit voté.

De même la loi concernant les réservistes et les territoriaux et celle concernant les couches de la femme ouvrière ne servent à rien, puisqu'on peut dire qu'elles sont des exceptions à la règle générale qui est l'interruption.

(1) D'ailleurs le projet de la Société d'Etudes législatives auquel est emprunté, en grande partie le projet du Gouvernement décidait que la grève est une cause de rupture et non de suspension de travail (art. 39). V. les critiques qu'adresse M. Perreau à l'article 56 du projet du Gouvernement dans son rapport publié au *Bul. de la Soc.*, 1907, p. 57-58.

Aussi la jurisprudence est presque unanime et constante à décider que la grève constitue une rupture du contrat de travail. Voici une affaire intéressante qui s'est terminée par l'arrêt du 18 mars 1902 (D. 1902 1-323). Un ouvrier Loichot était employé chez M. Hufflen, serrurier à Montbéliard. Aucune durée n'avait été fixée à leur contrat. Le 13 juin 1900, Loichot se mit en grève avec ses camarades ; la grève terminée, il voulut reprendre son travail, son patron refusa. Alors Loichot introduisit contre son ancien patron, pour renvoi sans avertissement préalable, une demande en paiement de 32 francs représentant, d'après lui, le salaire de huit journées de travail. Son patron répondit par une demande reconventionnelle de 150 francs. D'où jugement de paix de Montbéliard, confirmé par le tribunal civil, déboutant l'ouvrier et le condamnant à 28 francs de dommages-intérêts au profit du patron. La Cour de cassation rejeta le pourvoi de l'ouvrier dans ces termes : « Attendu que Loichot, ouvrier serrurier au service d'Hufflen ayant, de son plein gré, quitté ce dernier pour se mettre en grève, a été condamné à payer une indemnité de 28 francs pour n'avoir point observé vis-à-vis de son patron le délai ordinaire de prévenance ; que cette décision est vainement critiquée par le pourvoi.

« Qu'il est en effet constaté par le jugement attaqué, que d'après l'usage existant à Montbéliard, le patron comme l'ouvrier doivent se prévenir une semaine à l'avance de leur intention de rompre le

contrat de travail, que d'autre part *la grève quelque légitime qu'en fût l'exercice*, ne laissait pas moins les parties dans le lien de l'engagement qu'elles avaient pris d'observer entre elles les délais d'usage. Rejette (1) ».

D'autres arrêts de cassation s'expriment avec la même netteté : « Attendu que le louage de services fait sans détermination de durée peut toujours prendre fin par la volonté des parties contractantes ; que la grève y met fin du chef des ouvriers et qu'elle peut donner lieu à des dommages-intérêts à la charge de ceux-ci au profit du chef de l'entreprise, si, préjudiciable à ce dernier, elle a été abusivement déclarée ; qu'il suit de là que, la grève terminée, lorsque les ouvriers rentrent à l'atelier, à l'usine ou à la mine, *un nouveau contrat* de louage de services, quelles qu'en soient les conditions, *se forme* entre eux et le chef de l'entreprise » (Ch. civ., 2 arrêts, 4 mai 1904, D. 1904. I. 289). « Attendu qu'il résulte de l'article 1780 Code civil qu'en matière de louage de services pour une durée indéterminée, il suffit de la seule volonté de l'un des contractants pour mettre fin au contrat, sauf, s'il y a lieu, indemnité à sa charge en cas d'exercice abusif et préjudiciable de son droit de résiliation ;

(1) Cf. Trib. civ. de la Seine 9 mai 1906. D. 1906 3-70 ; 9 juin 1906 D. 1907-5-5 ; Trib. de Com. de la Seine, 6 août 1902. D. 1904-2-219 ; Trib. de Com. de Lyon, 12 janvier 1900. D. 1900-2-199 ; Cons. des Prudh. de Valenciennes, 14 mars 1907. D. 1907-5-30, etc...

que d'autre part, la grève, quelque légitime qu'en soit l'exercice, entraîne, de la part de l'ouvrier, la *rupture du contrat de travail* » (Ch. civ. 13 novembre 1906. D. 1907. I. 372).

Cette jurisprudence est admise par M. H. Capitant : « Il nous paraît, dit-il, impossible de soutenir que les grévistes ne rompent pas le contrat de travail. La preuve en est qu'ils ne sont pas satisfaits des conditions à eux imposées par le chef d'entreprise, et veulent en obtenir la modification. Ils entendent donc remplacer le contrat actuel par un nouveau. Sans doute, ils savent bien qu'ils reprendront le travail, mais, cela ne prouve pas qu'ils aient l'intention de rester liés vis-à-vis du patron tant que durera la grève (1) ».

Nous avons vu que les auteurs qui défendent la solution contraire, reprochent à la jurisprudence l'entrave que constitue sa solution au droit de grève. Remarquons que la jurisprudence se prête volontiers à ces critiques, en parlant dans ses attendus de la légitimité de la grève. Or ceci est important à préciser, car si la grève était vraiment légitime, dans le sens qu'on semble vouloir l'entendre, l'argument de ces auteurs aurait quelque poids et mériterait d'attirer l'attention.

Commençons donc par définir la grève. Si le droit de grève était celui *refuser le travail en dehors des liens du contrat*, il n'y aurait aucune

(1) H. Capitant, *Législation industrielle*, A. Pédone, éditeur, 1912, p. 294.

constestation à faire. L'engagement des ouvriers est terminé ils ont donné congé au moment voulu, ils sont libres de travailler ou de ne pas le faire. Mais, si « la grève est la cessation du travail convenu sans observation des délais de prévenances » comme le soutiennent tous ces auteurs, alors se pose la question de savoir s'il existe vraiment un droit de ce genre. Pour répondre affirmativement on ne peut invoquer que la loi de 1864. On l'invoque d'habitude. Que décide la loi du 25 mai 1864 ? (1)

Cette loi a permis *les coalitions* jusque là défen-

(1) Cette loi est ainsi conçue : ARTICLE 1^{er}. — Les articles 414, 415 et 416 du Code pénal sont abrogés et remplacés par les articles suivants :

ARTICLE 414. — Sera puni d'un emprisonnement de six jours à trois ans, et d'une amende de 16 fr. à 3.000 francs ou d'une de ces peines seulement, quiconque à l'aide de violence, voies de fait, menaces ou manœuvres frauduleuses aura amené ou maintenu, tenté d'amener ou de maintenir une cessation concertée de travail, dans le but de forcer la hausse ou la baisse des salaires ou de porter atteinte au libre exercice de l'industrie ou du travail.

ARTICLE 415. — Lorsque les faits punis par l'article précédent auront été commis par suite d'un plan concerté, les coupables pourront être mis par l'arrêt ou le jugement sous la surveillance de la haute police pendant deux ans au moins et cinq ans au plus.

ARTICLE 416 (abrogé par la loi du 21 mars 1884, art. 1^{er}). Seront punis d'un emprisonnement de six jours à trois mois et d'une amende de 16 à 3 000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement, tous les ouvriers, patrons et entrepreneurs d'ouvrages, qui, à l'aide d'amendes, défenses, prescriptions, interdictions prononcées par suite d'un

dues. Mais coalition n'est pas synonyme de grève. La coalition peut être suivie d'une grève, mais elle peut aussi se dénouer sans recourir à ce moyen extrême. C'est ce que dit formellement M. Emile Ollivier dans son rapport sur cette loi : « Pour considérer les coalitions, on affecte en général de les confondre avec les grèves, comme pour les défendre, on s'obstine à les assimiler aux associations. La grève est, sans doute, un effet possible de la coalition, mais elle n'est pas la coalition. Se coaliser, c'est proprement, au sens exact, s'entendre, se consulter, prendre une décision en commun sur les conditions du travail. La grève peut suivre ; c'est une sanction de la coalition ; elle ne constitue pas la coalition elle-même (1) ».

Ayant dégagé ainsi le terrain, il défend la légitimité du droit de se coaliser : « Les articles 414 et 415, continue-t-il, sont abrogés. Ceux qui les remplacent ne modifient pas l'ancien délit de coalition, ils en créent un nouveau : l'atteinte à la liberté du travail. Loin d'être une restriction au

plan concerté, auront porté atteinte au libre exercice de l'industrie ou du travail.

ARTICLE 2. — Les articles 415 et 416 ci-dessus sont applicables aux propriétaires et fermiers, ainsi qu'aux moissonneurs, domestiques et ouvriers de la campagne.

Les articles 19 et 20 du titre II de la loi du 28 septembre 6 octobre 1791, sont abrogés.

(1) Rapport de M. Emile Ollivier, *Moniteur Officiel* du 13 au 19 mai 1864.

droit de se coaliser, ils en sont la garantie. Que dirait-on d'un propriétaire qui croirait son droit compromis parce qu'on punit le vol ? C'est ce qu'il faudrait penser de ceux qui croient la liberté de se coaliser menacée parce qu'on punit les violences et les fraudes ». Et ailleurs, il dit : « Des deux principes combinés de la liberté du travail et de la concurrence, découle, comme une conséquence nécessaire, le droit pour les patrons et pour les ouvriers de se coaliser entre eux. Qu'est-ce, en effet, que la coalition ? L'accord intervenu entre plusieurs patrons et ouvriers d'exercer simultanément le pouvoir qui appartient à chacun d'eux en particulier, de débattre le salaire, de refuser ou d'offrir du travail. Si un ouvrier peut, sans s'exposer à aucune répression, débattre les conditions de son travail, l'accorder ou le refuser, pourquoi plusieurs ouvriers réunis ne le pourraient-ils de même ? Comment concevoir que le même acte innocent quand il est accompli par un seul, devienne coupable quand il l'a été par plusieurs ? »

Mais du moment que le droit de coalition ne suppose pas le droit de grève, va-t-on interdire les grèves. Pas du tout, chacun peut faire grève et cesser le travail sans *être inquiété par la loi pénale*. C'est là l'origine de la confusion. On n'est pas puni pénalement, donc on a le droit de faire grève, dit-on, sans penser que des milliers d'actes ne sont pas réprimés par le Code pénal sans constituer pour cela *un droit qu'on doit respecter*.

Rapprochons d'ailleurs la cessation du travail et le refus de payer les loyers, comme l'a fait M. Planiol. L'un refuse de travailler et l'autre de payer ses loyers ; les deux refusent d'exécuter leurs obligations ; on ne peut pas les inquiéter pénalement c'est sûr, mais peut-on dire que refuser d'exécuter une obligation constitue un droit. Peut-on dire que le locataire a le *droit* de ne pas payer ses loyers du moment que ce fait ne constitue pas un délit pénal ? Pourtant c'est ce qui semble être admis en général, en fait de grève. On confond la responsabilité pénale et la responsabilité civile et de l'inexistence de l'une on veut conclure à l'inexistence de l'autre (1).

La question fut portée à la tribune du Sénat par M. Tournon, sénateur de l'Aisne qui fut amené à la traiter incidemment lors de la discussion de la loi sur les retraites ouvrières. Nous trouvons qu'il est très utile de reproduire ses paroles :

(1) Cette confusion a été évitée par un arrêt de la Cour de Cassation : « Attendu, dit cet arrêt, que l'ouvrier qui se met en grève, rend impossible, par son fait volontaire, la continuation de l'exécution du contrat de travail qui le liait à son patron ; que *cet acte*, s'il ne lui est pas *interdit par la loi pénale*, n'en constitue pas moins, de sa part, quels que soient les motifs auxquels il a obéi, *une rupture caractérisée du dit contrat* et que les conséquences juridiques d'un fait de cette nature ne sauraient être modifiées par la circonstance que son auteur aurait *entendu se réserver la faculté de reprendre ultérieurement, à son gré, l'exécution de la convention mise par lui à néant.* » (Ch. civ. 15 mai 1907. D. 1907-1-369, note importante de M. Colin).

« Puisque on a parlé du droit de grève, dit-il, puisqu'on a cru pouvoir apporter ici cette question absolument étrangère à la discussion, il me convient à mon tour d'aborder ce point spécial, et je vous demande la permission de vous donner quelques opinions, qui ne sont pas de moi, sur ce fameux droit.

En ce qui me concerne, Messieurs, je n'ai jamais confondu *ce qu'on appelle à tort le droit de grève* avec le seul qui existe : *celui de coalition*. Pour m'amener à m'incliner devant ce droit de grève il faudrait me montrer un texte précis qui le proclame : or, je défie qui que ce soit de trouver, dans l'arsenal de nos lois, un texte qui y fasse même, le moins du monde, allusion. On a confondu, on a voulu confondre le droit syndical et le droit de grève; on a dit que la Chambre des Députés en 1894, s'était prononcée formellement pour le droit de grève des employés de chemins de fer. J'ai le regret de dire à M. le Ministre des travaux publics qu'il s'est absolument trompé sur le sens de l'ordre du jour voté à la Chambre des Députés en 1894 ».

M. Tournon donna lecture d'un article de M. Huc dans la « Dépêche de Toulouse » auquel nous extrayons les passages suivants : « à M. Buisson, dit l'auteur de cet article, je poserai une colle préalable. Il ne veut pas, dit-il, enlever le droit de grève aux salariés de l'État. Où prend-il qu'ils le possèdent ? Où prendra-t-il seulement qu'il existe un « droit de grève » ? même pour les ouvriers.

« Le droit de grève, c'est un mot. Ce droit ne se

rencontre pas dans le Code. La plupart croient le découvrir dans la loi d'Emile Ollivier. Mais la loi d'Emile Ollivier n'accordait au travailleur qu'un droit de *coalition*. Pour la loi de 1884, elle complète la précédente. Elle n'a pas donné aux travailleurs d'autre droit, què le droit de constituer des associations syndicales, en d'autres termes, de former des « coalitions à demeure ». Ni l'une, ni l'autre loi n'a donné aux travailleurs ni à personne licence de s'affranchir d'un contrat, si ce n'est pour des motifs légitimes.... A moins de circonstances majeures, et dont les tribunaux restent juges, nul ne peut se dérober aux engagements consentis, si ce n'est en acquittant une juste réparation. Le principe est assez clair. Une grève peut être excusable. Une grève peut être excusée. En principe elle est défendue.... Quant au droit de ne rien faire, on ne peut le contester aux gens libres de contrats. *S'il existait un droit de grève* ce serait un droit de ce genre, mais c'est un droit si évident, si incontestable, que le législateur n'a pas eu même à le formuler. Quant à l'autre « droit de grève », tel que M. Buisson l'entend, ce droit de grève n'eut jamais une existence juridique... C'est un droit qu'on ne s'adjudge qu'à ses risques et périls.

« Je n'ignore certes pas qu'il existe toute une école dont la thèse est différente. La grève ne serait plus la rupture du contrat, simplement sa suspension. La thèse est ingénieuse... Elle aboutit au régime des contrats à intermittences. Les contrats

dans ce régime deviennent facultatifs ! Je ne demande même pas à notre excellent ami, M. Buisson, de me dire quelle sécurité règnerait dans le monde du travail et des affaires sous le régime des rapports aussi instables. Je lui demanderai seulement de m'indiquer l'adresse d'un jurisconsulte qui puisse m'expliquer comment l'expression « *contrat* » se concilie avec le mot « *arbitraire* », etc.

Et M. Tournon continua en citant « l'opinion formelle de M. l'avocat général Feuilloley, exprimée dans un débat qui a fait un certain bruit dans le monde du travail. Il s'agit de l'arrêt rendu par la Chambre des requêtes de la Cour de Cassation, le 18 mars 1902 (arrêt que nous avons cité plus haut). M. l'avocat général Feuilloley s'exprimait en ces termes : « Ainsi selon le pourvoi, la brusque cessation de travail, au mépris d'une convention expresse ou tacite, qui serait passible de dommages et intérêts *s'il s'agissait d'un acte individuel* ne saurait motiver aucune condamnation, *s'il s'agissait d'un acte collectif ou corporatif* !

« Singulier système, en vérité, et combien dangereux ! Et où donc, dans quels textes, le pourvoi trouve-t-il cette distinction entre l'acte individuel et l'acte corporatif ?... Si c'est un droit pour les ouvriers et les patrons de faire grève, c'est *un devoir pour eux de tenir leurs engagements*. Où donc a-t-on vu que *l'état* de grève crée des droits particuliers aux grévistes, ou les délie de leurs engagements ?

« Qu'on me cite un seul exemple !

« Est-ce que l'état de grève dispense le gréviste, de payer son loyer, les fournisseurs, et les dettes qu'il a contractées?... »

A son tour, M. Ribot prononce les paroles suivantes : « Il ne faut pas laisser planer une équivoque, une incertitude, laisser croire à ces ouvriers des chemins de fer qu'ils sont dans le droit commun, alors que vous-même vous les mettez hors de ce droit par les avantages que vous leur accordez. Et parce que dans une démocratie il faut parler nettement, il convient de leur faire comprendre qu'ils ne peuvent pas faire grève et désorganiser le service.

« Parce qu'elle a permis aux ouvriers de se coaliser — droit nécessaire qu'on ne pouvait pas leur refuser — parce qu'on les a exemptés de toute peine quand ils commettent des abus, sinon des violences, la loi de 1864 a-t-elle aboli toutes les règles du droit civil ?

» Est-ce qu'un ouvrier est autorisé à rompre son contrat d'heure en heure ?

» Qu'est-ce donc que cette théorie de la suppression du contrat à la discrétion de l'une des parties ?

» Comment : Une des parties viendra dire : le contrat dort à partir de ce matin, et il ne se réveillera que le jour où cela me conviendra..... »

La réponse du gouvernement fut significative. M. Barthou, ministre des Travaux publics, après avoir opposé l'opinion de la jurisprudence à celle des auteurs, constatant les interruptions et les

protestations qui accompagnèrent son exposé de la solution admise par les auteurs, s'exprima ainsi : « Je suis assuré, Messieurs, que les protestations du Sénat ne peuvent pas, au moins pour l'instant, s'adresser à moi. (Non ! non !) J'exprime avec autant de clarté qu'il m'est possible.....

M. Jenouvrier. Et très bien.

M. le Ministre..... avec une impartialité dont je suis sûr, la question telle qu'elle a été posée dans la doctrine et la jurisprudence. (Approbation sur divers bancs.)

M. le Ministre. « Il semble que la théorie de la simple suspension du contrat de travail par la grève, entraînant les conséquences que j'ai indiquées, *soit tellement hardie, tellement téméraire, qu'elle ne puisse rencontrer l'adhésion que des révolutionnaires.*

« Je constate cependant, je ne dis pas avec plaisir, je ne dis pas avec regret, — je n'ai pas à me prononcer sur le fond — je constate que la grande majorité des auteurs se prononce en faveur de cette théorie » (1).

D'ailleurs tous ces auteurs admettent que si un ouvrier est seul à quitter le travail, il y aura rupture du contrat et non suspension. Et alors nous ne comprenons pas que le même fait produit des effets juridiques différents rien que parce qu'il a été

(1) *Journal Officiel* du 13 juillet 1909

répété un très grand nombre de fois par des centaines d'ouvriers.

Avouons cependant qu'il nous paraît regrettable de solutionner cette question si grave et si complexe du caractère et des effets juridiques de la grève, avec des textes aussi rigides et aussi sévères que ceux du droit civil individuel. Les deux systèmes, celui de la rupture et celui de la suspension, aboutissent, le premier à des conséquences assez rigoureuses pour rendre illusoire un moyen des plus sûrs pour aider les ouvriers à améliorer leur situation et le second à des résultats ridicules ou odieux, comme de permettre à un patron qui vient de faire le lock-out d'obliger ses ouvriers de réintégrer ses chantiers quand il lui plaira de les rouvrir, ou de les faire condamner à des dommages-intérêts.

M. Ambroise Colin développe avec force cette idée dans une note au Dalloz (D. 1907, 1. 369) : « Je crois, dit-il, qu'il ne faut pas chercher dans le code civil, essentiellement individualiste, la solution d'une question que les législateurs de 1804 ne prévoyaient pas. L'article 1780 du Code civil, même depuis que la loi de 1890 l'a enrichi de timides améliorations, n'envisage absolument, comme du reste toutes les autres dispositions du code civil relatives au contrat de louage de services ou d'industrie, que le droit individuel. Et la loi de 1864, ainsi que tout l'ensemble bien rudimentaire du droit positif ou du droit jurisprudentiel ou coutumier relatif soit à la grève ouvrière, soit au

lock-out patronal, a trait au droit collectif, on n'y envisage pas les droits des particuliers, mais ceux des masses, non pas les citoyens, mais les intérêts et les classes économiques en conflit. Ce sont deux législations, deux ordres d'idées qui se développent sur deux plans différents. L'une de ces législations, celle qui a trait au droit collectif est née d'hier : Nos tribunaux n'ont pas encore eu le temps de se pénétrer des conceptions toutes particulières qui la dominent et l'éclairent : « C'est toujours pour eux une source d'erreurs et de malentendus que d'oser chercher dans le droit commun, c'est-à-dire, dans le droit civil individuel, la solution des difficultés auxquelles donne lieu le droit collectif. Spécialement, *c'est à tort que l'on s'obstinait à rechercher si la grève est une rupture ou une suppression du contrat de travail*. Ce n'est ni l'une ni l'autre, car l'inexécution d'un contrat (suspension) ou sa dénonciation (rupture) sont des actes qu'un individu seul accomplit. Y voir avec la jurisprudence la simple juxtaposition d'actes individuels multipliés, quel que soit du reste le caractère assigné à ces actes, c'est méconnaître gravement la réalité des choses, laquelle se venge bientôt en faisant, dans telle ou telle hypothèse sortir, du système arbitraire que l'on aura adopté, des conséquences iniques et contraires aux droits les plus essentiels, tantôt à ceux des patrons, tantôt à ceux des ouvriers ».

On voit que c'est la même idée qui nous a fait

écarter l'application stricte des textes du Code civil pour déterminer les pouvoirs de l'Assemblée générale extraordinaire des sociétés par actions.

M. Ambroise Colin conclut donc à ce que pour la grève, le droit commun individuel soit écarté pour être remplacé par le droit collectif : Les parties n'auront aucun recours l'une contre l'autre, chacune recouvre sa pleine et entière liberté sans être astreinte à rien payer à l'autre.

Cette solution nous semble équitable, puisqu'elle a l'avantage de placer les deux parties dans une situation d'égalité parfaite et réelle. Remarquons, pourtant, qu'elle n'est pas en faveur de l'ouvrier, qui du jour au lendemain, peut se trouver sans travail, par suite d'un lock-out, sans pouvoir prétendre à aucune indemnité. Aussi, lui préférons-nous la solution jurisprudentielle qui, au moins, rend chacun responsable de ses actes. Il va de soi que les ouvriers ne devraient aucune indemnité s'ils prouvaient que le patron a manqué à ses obligations et que c'est pourquoi ils se sont mis en grève. Il en est de même pour les ouvriers qui n'abandonnent le travail que contraints et forcés par la menace de leurs compagnons grévistes. Cette distinction a été admise par le Tribunal civil de Montbéliard, le 25 juillet 1900 ; le jugement est rapporté sous l'arrêt de cassation du 18 mars 1902, cité plus haut. En outre, presque tous les arrêts de cassation parlent de l'ouvrier qui rompt *de son plein gré le contrat*, ou qui, *par son fait*

volontaire en rend impossible la continuation (1), etc.

C. Pourtant si la grève ne modifie pas le contrat de travail d'après les lois actuelles, plusieurs projets de lois, en imposant l'arbitrage obligatoire, arrivent à donner le pouvoir de modifier ce contrat aux personnes qu'ils désignent comme arbitres. Les projets les plus intéressants et qui ont eu beaucoup de retentissement, sont au nombre de deux : le premier a été déposé par M. Millerand, alors ministre du commerce, le 15 novembre 1900 ; il a été repris avec quelques modifications par M. Millerand, en son nom personnel, le 14 octobre 1902 et le 12 juin 1906. Renvoyé à la Commission du travail, avec divers autres, il a fait l'objet d'un rapport de M. Colliard, député du Rhône, déposé le 21 décembre 1907 et repris le 16 juin 1910. Cependant, comme ce projet n'oblige (2) de recourir

(1) Cf. H. Capitant, *Cours de législation industrielle*, Pédone, éditeur, 1912. p. 295 : « Pour eux, le chômage est un événement indépendant de leur volonté comme le serait la maladie et par conséquent le contrat n'est pas rompu ; il continue de subsister ».

(2) Ce projet n'oblige de recourir à l'arbitrage obligatoire dans l'industrie privée que dans les établissements qui fonctionnent en vue d'assurer l'exécution d'un marché avec l'Etat ou en vertu d'une concession ; voici d'ailleurs comment s'exprime l'art. 4 du projet tel qu'il a été modifié par la Commission du travail : « Dans le cahier des charges de tout marché de fournitures ou de travaux pour le compte de l'Etat, une clause stipulera pour le soumissionnaire d'accepter pour les chantiers ou ateliers organi-

à l'arbitrage qu'après une déclaration de grève, c'est-à-dire, après la rupture du contrat ; les arbitres imposent donc un nouveau contrat aux parties et c'est pourquoi nous n'avons pas à examiner ce projet pourtant si intéressant à différents autres points de vue.

Le second projet est celui déposé, par le Ministère Briand le 22 décembre 1910 (1), à la suite de

sés ou fonctionnant en vue de l'exécution d'un marché passé avec l'État, le recours à l'arbitrage, tel qu'il est organisé par la présente loi.

Dans le cahier des charges de toute concession accordée par l'État, une clause stipulera l'obligation pour le concessionnaire d'accepter ce recours à l'arbitrage. Toute concession de mine qui sera désormais attribuée obligera le concessionnaire à l'application de la présente loi. *Le recours à l'arbitrage organisé par la présente loi est applicable dès sa promulgation* aux mines, entreprises de transports en commun, de distribution collective de lumière et de force motrice qui ont été ou seront concédées par l'État.

Les départements et les communes auront le droit d'imposer l'obligation du recours à l'arbitrage dans les cahiers des charges de leurs concessions et marchés.

Les chemins de fer d'intérêt local et les tramways seront quelle que soit l'autorité concédente, soumis aux dispositions de la présente loi relative aux concessions départementales et communales, etc... »

(1) Chambre des députés, session extraordinaire de 1910, annexe n° 626 ; renvoyé à la commission du travail, M. Millerand en fut nommé rapporteur et déposa son rapport le 13 novembre 1911. (Document parlementaire, Chambre des députés, session extraordinaire de 1911, n° 1325).

la grève des chemins de fer, pour établir le règlement pacifique des différents collectifs entre les administrations des réseaux des chemins de fer d'intérêt général et leur personnel (1).

Ce projet interdit aux agents et ouvriers de faire grève, et il impose aux deux parties l'obligation de soumettre leurs différends, d'abord à des comités de conciliation, puis à un tribunal d'arbitrage composé : 1^o de quatre arbitres désignés par les parties ; 2^o ces quatre arbitres s'adjoignent un ou trois coarbitres par une décision unanime ; autrement chaque partie désignera un coarbitre choisi sur une liste de 15 personnes dont le tiers est nommé par le Sénat et les deux autres tiers par la Chambre des députés ; et les deux nouveaux arbitres désigneront un troisième pris sur la même liste ; s'ils ne s'entendent pas on désignera ce troisième coarbitre par tirage au sort.

La sentence que ces arbitres rendront est obligatoire pour les deux parties. Si elle aggrave les charges financière du réseau, celui-ci peut obtenir une compensation sous forme de relèvement de tarifs.

Si les syndicats ou les fédérations tenteraient

(1) Voir Cours de M. Morin, *Evolution de la théorie du contrat depuis le Code civil*. — De nombreux articles ont été publiés sur ce projet. V. notamment *Revue politique et parlementaire*, février 1911, p. 240 ; Pic, *Bul. Soc. d'ét. lég.* 1912, p. 35, s.

(2) Les Chambres ne peuvent former cette liste que parmi les personnes indiquées par le projet.

de provoquer une grève, tous ceux qui participent à un titre quelconque à la direction ou à l'administration de l'association seraient passibles d'une amende de 50 à 200 francs et d'un emprisonnement de 15 jours à trois mois. En cas de récidive les pénalités pourront être doublées.

Si l'administration du réseau refuse à exécuter la sentence rendue, il y sera pourvu d'office par les soins du ministre des travaux publics aux frais de l'administration du réseau, laquelle encourrait en outre, les dispositions de la loi de 1845 et du cahier des charges.

Quant aux agents et ouvriers contrevenants, ils peuvent être immédiatement congédiés sans aucune formalité.

Ce projet porte une double atteinte au principe de l'autonomie : 1° Il modifie les contrats de concessions primitifs en obligeant les compagnies à accepter l'arbitrage obligatoire, et à exécuter les sentences que les arbitres décideront avec ou sans indemnité. C'est une violation du contrat de concession par le législateur. Cette remarque concerne d'ailleurs, comme nous l'avons déjà fait toutes les lois ouvrières reconnues d'ordre public et qui s'appliquent même aux contrats en cours d'exécution.

2° Il ne se contente pas de modifier le contrat de concession entre les compagnies et l'Etat. Il admet encore que les contrats individuels passés entre les compagnies et leurs ouvriers pourront être modifiés, non seulement par les parties contrac-

tantes, mais aussi par des arbitres. Ces arbitres, ne jugent pas ; ils ne décident pas en appliquant le contrat, mais en le violant en quelque sorte. S'ils jugent que les conditions du contrat ne sont pas équitables ils en imposeront d'autres aux parties.

D'autre part, MM. Desplas et Chautard avaient déposé à la Chambre des députés le 13 mai 1907 (1) une proposition tendant à la suppression des grèves et à l'établissement de l'arbitrage obligatoire dans les industries de première nécessité, ils visent par cette expression : « celles dont la production ne pourrait être interrompue sans compromettre la sécurité publique ou paralyser la vie nationale », et ils donnent comme exemples les industries de transport en commun, les entreprises de distribution collective de lumière, de chaleur, de force motrice, la fabrication d'engins ou de produits nécessaires à la défense nationale, les productions alimentaires indispensables à la vie, etc...

La commission du travail à laquelle cette proposition a été renvoyée, semble l'avoir écartée complètement par le rapport de M. Colliard sur le projet Millerand.

D'autres propositions plus anciennes voulaient imposer l'arbitrage obligatoire dans tous les cas et pour tous les contrats de travail. Si nous ne les

(1) Docum. Parlem., n° 971, p. 399.

discutons pas, c'est que nous considérons le principe qu'elles veulent faire accepter comme tellement grave, que les modalités importent peu. C'est au principe même de l'arbitrage obligatoire qu'il faut s'attacher. Mais avant de dire ce que nous en pensons, voyons un peu ce qui se passe dans les pays qui l'ont accepté, puisqu'on invoque généralement ce fait que l'arbitrage obligatoire a eu ailleurs de très bons effets.

La Nouvelle Zélande a été la première à imposer l'arbitrage obligatoire (loi du 2 juin 1886 modifiée et complétée en 1894, en 1905, en 1906 et en 1908). L'Australie Occidentale et la Nouvelle-Galles du Sud, en 1900 et 1901 et le canton de Genève (loi du 10 février 1900) sont les seuls pays qui ont suivi l'exemple de la Nouvelle Zélande.

A la Nouvelle Zélande, l'arbitrage est toujours préventif de la grève et du lock-out. Ouvriers et patrons doivent continuer à vaquer à leur travail sous une peine de 25.000 francs d'amende (1) jusqu'à ce que le Conseil de conciliation ait réussi à apaiser leur différend, ou bien jusqu'à ce que la Cour centrale d'arbitrage ait prononcé sa sentence. Mais celle-ci ne peut-être basée que sur le *contrat en cours*.

La sentence rendue doit être strictement respectée, à peine d'autres amendes de 12.500 francs contre toute union qui se permettrait de l'enfrein-

(1) Art. 6 de la loi fédérale du 15 décembre 1904.

dre et au besoin de 250 francs à la charge personnelle de chacun des membres de cette union.

Cette procédure et ces sanctions paraissent de nature à éviter les conflits, mais en fait qu'a-t-on constaté ? « Le 18^e rapport du ministère de la Nouvelle Zélande nous révèle que dans le cours d'un seul exercice 696 contraventions ont été relevées et ont donné lieu à 580 condamnations. Certaines unions ont payé les amendes qu'elles avaient encourues de ce chef. — Mais il est arrivé, et même souvent, que ces amendes ont été irrecevables, parce que les ouvriers étaient isolés de toute union » (1). Le consul de France à Auckland dans un rapport du 22 juillet 1908, transmettait au Ministre des affaires étrangères des renseignements sur le fonctionnement de *l'arbitration act* (2). Il constate que si les ouvriers ne se plaignent que contre la lenteur qu'on porte à la solution des conflits, les patrons ne cessent plus de récriminer. Ils se plaignent de ce que les cours d'arbitrage *sanctionnent presque toujours les exigences des unions*, même sur les questions des salaires et de la durée de la journée du travail où il leur était impossible de faire des concessions nouvelles ; ils constatent que les amendes encourues pour violation des sentences étaient toujours recouvrées contre eux et presque jamais contre les

(1) V. Paul Gonnot, *La Grève dans l'industrie privée*, A. Rousseau, éditeur 1912, p. 259.

(2) V. Paul Gonnot, *op. cit.*, p. 259.

unions qui trouvaient toujours le moyen de ne pas les payer, que les tribunaux ne condamnaient jamais à l'emprisonnement à cause du grand nombre d'ouvriers qui violaient leurs sentences ; ils ajoutent que les ouvriers se mettaient en grève toutes les fois que les sentences ne leur donnent pas raison. M. Milnar, ministre du travail, reconnaissait la tendance des cours d'arbitrage à faire droit aux réclamations ouvrières. De son côté : « L'avocat général, Dr Findley, blâmait devant la Chambre l'*uniformité* dans les salaires, imposée par les sentences des cours d'arbitrage et qui *réduit de 50 0/0 la production* (1) ». Enfin le *Bulletin* de la Chambre de commerce de Paris rapporte ce que dit Sir Frederick Darly, *chief justice* de la Nouvelle-Galles du Sud à l'audience de la Cour suprême du 25 mai 1904, de l'effet qu'a produit la nouvelle institution sur les relations et les rapports entre patrons et employés : « *L'industriel arbitration act* a produit une quantité considérable et vraiment alarmante de procès qui ont eux mêmes causé un sentiment d'antagonisme et de mauvais vouloir entre les industriels et les ouvriers et les ont partagés en deux camps ennemis (2) ».

En réalité l'arbitrage obligatoire ne peut donner de résultats satisfaisants que si les parties le désirent, le veulent avec l'intention de s'y soumet-

(1) V. P. Gonnot, *op. cit.*, p. 260.

(2) *Bulletin de la Chambre de commerce de Paris*, 1906, p. 1478.

tre, et non pas quand on les y traîne de force et qu'on veuille les contraindre à s'incliner devant ses sentences par la menace d'une peine inapplicable. Or, que voyons-nous ? Tout le monde ouvriers et patrons protestent avec force contre toutes ces propositions

Les patrons estiment, en effet, que pour les questions importantes, celle de salaires par exemple, le patron seul sait s'il peut faire des concessions, parce que, seul, il en prévoit les conséquences au point de vue de la marche de son industrie ; seul il peut être juge de sa situation qui peut être tellement tendue qu'une augmentation de frais généraux peut entraîner la ruine, obliger à la liquidation ou mettre hors d'état de lutter contre la concurrence. C'est pourquoi ils n'acceptent pas le principe de l'arbitrage qui n'est possible que s'il y a possibilité de concessions de part et d'autre.

Quant aux ouvriers, ce qu'ils pensent du projet Millerand suffit pour nous donner une idée de l'opposition irréductible qu'ils font à cette institution. Le Comité de propagande de la grève générale a déclaré que « sous son apparence de bonhomie cette loi était une des plus scélérates que jamais législateur ait conçue » (1). Les divers congrès des syndicats ouvriers ont examiné le projet et pas un ne s'est prononcé en sa faveur. La

(1) Rapporté par E. d'Eichthal, *La liberté individuelle du travail et les menaces du législateur*. Alcan, édit. 1908 p. 71.

Confédération du travail l'a repoussé à la presque unanimité au Congrès de Lyon. « Si le gouvernement, dit l'*Humanité*, osait reprendre le projet de M. Millerand, il soulèverait contre lui la classe ouvrière organisée et le parti tout entier (1) ». Le *Mouvement Socialiste* l'avait déjà jugé ainsi : « Le projet Colliard qui approuve le projet Millerand pourrait tout aussi bien être signé Motte, Aynard ou de Mun. C'est en tout cas l'œuvre d'un ennemi déclaré du socialisme et de l'organisation ouvrière (2) ».

Mais supposons que l'on puisse faire accepter partout l'idée de l'arbitrage obligatoire, alors il faudrait songer aux sanctions nécessaires pour assurer l'exécution des sentences que rendront les arbitres. Nous venons de voir, en effet, comment les ouvriers savent s'y soustraire, à la Nouvelle-Zélande, malgré les pénalités pourtant sérieuses qu'ils encourent et malgré leur organisation puissante en corps de métier ayant la personnalité civile dont la fortune est « saisissable pour tout ou partie pour le payement de la dette résultant d'un jugement » avec cette clause capitale que « si le débiteur est une union professionnelle ou une *trade-union* et que ses biens soient insuffisants pour payer entièrement la dette, ses membres, jusqu'à concurrence de 250 francs par tête, seront tenus

(2) *Humanité*, 3 novembre 1906.

(3) *Mouvement socialiste* du 1^{er} mars 1905.

de la différence (1) ». Or, le projet Briand n'admet comme sanction que la révocation, mesure insuffisante et inapplicable à cause du nombre, en général important, des grévistes et le projet Millerand ne prévoit que la privation de certains droits d'électeurs ou d'éligibilité professionnelle (art. 29), ce qui est tout à fait illusoire si l'on tient compte du peu d'empressement que montrent les ouvriers lors des élections des prud'hommes, et les négociants lors des élections des chambres ou tribunaux de commerce. Ce projet n'a même pas voulu accepter les sanctions admises par la Nouvelle-Zélande dont son auteur en signalait l'importance, tout en constatant l'impossibilité d'exiger en France soit l'inscription de corps professionnels, soit leur responsabilité pécuniaire, collective ou individuelle. D'ailleurs il n'admet l'arbitrage qu'après une déclaration de grève contrairement à ce qu'a fait la Nouvelle Zélande, à ce qu'exige l'utilité sociale et aux indications de l'expérience qui « montrent qu'il faut chercher dans l'arbitrage obligatoire moins un moyen de réprimer la grève qu'un moyen de la *prévenir* (2) ».

D. Enfin, nous pouvons trouver un troisième exemple de modification du contrat par d'autres que les parties contractantes dans la question des fondations.

(1) Art. 8 de la loi du 5 novembre 1898.

(2) B Nogaro, l'arbitrage obligatoire et la propagation du contrat collectif en Australasie. Thèse Paris 1906, p. 9.

M. Planiol appelle fondation « l'affectation perpétuelle de biens ou de valeurs à un *service* déterminé par le disposant (1) ». M. Morin substitue avec raison, le mot *but* à celui de service (2).

Parmi les modes qui peuvent la réaliser nous trouvons celui d'un contrat de donation avec charge et c'est ce qui va nous permettre de nous occuper de cette question.

Les fondations sont attaquées à divers points de vue (3) dont nous n'en retiendrons qu'une, celle qui nous intéresse pour le moment, à savoir : son caractère de perpétuité et d'immutabilité. On fait remarquer que la fondation entraîne l'idée de perpétuité du but, alors que l'œuvre qu'elle crée peut ne répondre qu'à des intérêts transitoires et qu'elle peut devenir ainsi inutile à brève échéance ; ce but peut de même devenir illicite par suite d'une loi nouvelle. Que répondre à ces deux objections dont l'une est de droit et l'autre de fait ? Elles se sont réalisées d'ailleurs en pratique. Comme exemples de l'intervention du législateur pour décider que le but visé par une fondation doit être désormais

(1) Planiol, t. III, 5^e édition, n° 3331, p. 861.

(2) Morin, *Evolution de la théorie du contrat*, cours de droit civil approfondi, année 1911-1912. Cf. Saleilles : « Le *but* que la fondation poursuit est d'affecter à perpétuité... un bien ou un ensemble de biens à un *emploi* déterminé. » *Bul. de la Soc. d'Et. législ.* année 1906, p. 468.

(3) Voir pour toutes ces critiques les importantes discussions qui ont eu lieu à la Soc. d'Et. légis. et les rapports de M. Saleilles. *Bul.* années 1906, 1907, 1908 et 1909.

considéré comme illicite et contraire à l'ordre public, nous trouvons : 1^o la loi du 30 octobre 1886 sur la laïcisation interdit aux communes d'entretenir ou de subventionner des écoles congréganistes (art. 17). Or, de nombreuses communes avaient reçu des libéralités à charge d'entretenir des écoles dirigées par des sœurs ou des frères, dont l'ordre était déterminé par le fondateur lui-même. L'article 19 de la loi porte que le disposant ou ses ayants cause ont *deux années*, à compter de la laïcisation de l'école, *pour agir*. La loi a donc abandonné aux tribunaux le soin et le pouvoir de reconnaître l'existence d'une action en revendication quelconque et d'en déterminer les caractères. En fait, les tribunaux ont fait droit aux réclamations des demandeurs (1).

On prétend qu'ainsi les fonds ne seront pas employés contrairement à la volonté du fondateur ; de peur de fausser la fondation on l'annule.

Cependant, un arrêt de la Cour de cassation (2), annula seulement la condition qui est devenue illícite, par application de l'article 900 du Code civil, interprété de façon à tenir compte de la théorie jurisprudentielle de la cause déterminante et impulsive. Le but déterminé que visait le fondateur, dit cet arrêt, est l'enseignement et s'il a mentionné

(1) V. Nancy, 22 janvier 1890. D. 91-2-113 ; Cass. 10 déc. 1894. D. 95-1-329 ; Cass. 29 janvier 1896. D. 96-1-573. Ces arrêts arrivent à l'annulation par des moyens divers.

(2) V. Cass. 17 janvier 1910. S. 1910-4-355.

les écoles congréganistes c'est parce qu'elles étaient les seules qui florissaient au moment de la donation.

D'après cette solution, les biens doivent donc rester entre les mains de la personne qui les tenait, pour entretenir le seul enseignement qui lui est permis.

Un troisième système trouve que la condition seule étant annulée, les biens doivent rester, sans charge d'aucune sorte, à la personne morale qui les tenait si elle subsiste encore et dans le cas contraire, revenir à l'Etat comme des biens sans maîtres.

Remarquons que les trois solutions constituent des atteintes plus ou moins graves à la volonté du fondateur, soit à sa volonté précise, soit même à sa volonté libérale.

2° On peut dire la même chose de la loi de séparation du 9 décembre 1905 complétée et interprétée par celle du 13 avril 1908 qui a supprimé, *en fait*, un grand nombre d'établissements de culte qui avaient reçu des libéralités grevées de charges pieuses ou avec affectation charitable. Leurs biens devaient être transférés aux associations cultuelles à condition qu'ils continuent à les affecter au but désigné par le fondateur. Or, ces associations cultuelles ne se fondirent que rarement et les biens des établissements supprimés changèrent de destination et servirent à remplir d'autres fins. Toutefois, la loi permit à l'auteur de la libéralité et à ses héritiers en ligne directe d'agir pour

reprendre ces biens dans les six mois du décret qui les affecte à d'autres établissements (art. 7 et 9 complétés et interprétés par la loi du 13 avril 1908). Cette loi est donc une atteinte au principe de l'autonomie de la volonté.

Au contraire, quand ce sont les faits et les circonstances qui empêchent une fondation de remplir son but, ou qui rendent son fonctionnement inutile, la loi n'intervient pas en général. Et alors on se demande, en pareille situation, (fondations à des hôpitaux de lépreux, par exemple, dans un pays où l'on est arrivé à combattre cette maladie jusqu'à son élimination) si les biens doivent continuer à entretenir des établissements complètement inutiles à la société?

Aussi beaucoup d'auteurs condamnent les fondations et leur préfèrent les associations. Ils trouvent que la fondation est « une anomalie... qui traduit exactement la volonté d'un homme qui veut se survivre à lui-même, qui veut que cette volonté continue à opérer après sa mort et que son bien continue ainsi à fournir des revenus dans un but tout à fait limité et déterminé (1) ».

M. Esmein trouve dans l'association une institution beaucoup mieux adaptée, dans une société démocratique, aux fins que réalise la fondation. « L'association, dit-il, ne présente aucun des inconvénients que présente la fondation, car l'associa-

(1) Esmein. *Bul. de la Soc. d'Et. législ*, année 1909, p. 96.

tion ne peut se perpétuer, elle ne peut subsister et durer qu'en recrutant indéfiniment des associés et ces associés ne viendront à elle que par leur libre volonté. C'est uniquement parce qu'ils trouvent l'œuvre bonne qu'ils viendront et lorsqu'on n'en trouvera plus, ou lorsque la majorité de ceux qui composent l'association trouveront qu'elle ne répond plus au but qu'elle s'était proposée tout d'abord, ou que ce but n'est plus utile, ils en décideront la dissolution (1) ».

Pour M. Esmein et pour tous ceux qui partagent son opinion, la fondation est une œuvre morte, d'une volonté morte, alors que l'association est l'œuvre toujours vivante de volontés également vivantes. En outre, disent-ils, l'association n'a plus l'intangibilité qui est de l'essence de la fondation, l'association est essentiellement mobile, variable et progressive, puisque ses statuts peuvent toujours être modifiés par les associés; elle constitue un instrument très souple, et peut, par suite, se mettre au point de toutes les nécessités du moment.

Ceux qui tiennent aux fondations doivent donc prouver que l'association n'est pas apte à rendre tous les services que rend la fondation; ils doivent ensuite remédier aux inconvénients que le caractère de perpétuité rend possibles.

Les défenseurs de la fondation reconnaissent

(1) Esmein. *Bul. de la Soc. d'Et. législ.* 1909, p. 96-97.

volontiers que l'on puisse recourir, dans la plupart des cas, à l'association ; le fondateur au lieu de prendre à lui seul les risques de l'œuvre, fait appel aux concours d'associés prêts à lui prêter leur collaboration et à créer par là un organisme définitif qui survivra à toutes les chances de décès. Mais, en supposant même que tous les obstacles, qu'oppose la loi de 1901 sur les associations, puissent être aplanis par un moyen quelconque, et que l'on puisse toujours faire des libéralités à une association simplement déclarée, on fait remarquer qu'on finirait alors (comme on l'a déjà essayé) par créer « des fausses associations fictives quant au fond et qui dissimulent de véritables fondations, qui seraient destinées, si nous avions une loi sur les fondations, à disparaître comme associations, pour se constituer sous la forme normale d'établissements privés. Et la preuve, c'est que la plupart du temps, au lieu de s'ouvrir à tout le monde et de faire appel au public, ce sont des associations qui se fondent entre quelques membres à nombre très limité, une dizaine. La prétendue association n'est au fond que le comité de direction d'une fondation. C'est une caisse légale à l'effet de posséder. Elle n'offre pas l'avantage que M. Esmein attribuait avec raison aux associations d'avoir pour régulateur les variations dans le nombre de leurs associés et d'être menacés de disparaître si ceux-ci les abandonnent. Car une association qui aurait un premier fonds assuré n'aurait plus besoin d'associés pour sub-

sister ; et si elle se réduit, d'après ses statuts, à une dizaine de membres s'intéressant à l'œuvre qu'elle a en vue, elle trouvera toujours, quoiqu'il arrive, à se recruter pour continuer la pensée de son fondateur (1) ». Ici l'association ne servira que comme échappatoire à tout contrôle ou surveillance qu'on voudrait voir appliquée aux fondations, comme nous le verrons.

En outre, l'association, dans sa fonction normale, ne peut exister qu'en vue de réaliser un but dont l'utilité est admise par un certain nombre de personnes ; ces personnes doivent avoir les mêmes aspirations, les mêmes idées, vouloir les réaliser de la même façon, dans le même esprit et avec les mêmes méthodes. « En pareil cas, dit M. Saleilles, on ne songera jamais à faire à un seul ce que l'on peut faire à plusieurs. La fondation serait un nonsens. Mais que de fois n'arrive-t-il pas qu'un individu ait une idée personnelle qui lui paraît utile et féconde, mais qui est encore trop neuve ou trop hardie pour répondre aux préoccupations du grand nombre?... On lui dit « essayez ». Mais de concours effectifs, à proprement parler, il n'en trouverait aucun, parce qu'il est seul à vouloir courir le risque. Ce sont de ces tentatives comme il y en a tant dont on dit : Si elles réussissent, elles feront une œuvre merveilleuse ; mais si elles échouent, cela ne nuira à personne. Alors pour-

(1) Saleilles. *Bul. de la Soc. d'Et. législ.*, 1909, p. 115.

quoi ne pas essayer, s'il y a quelqu'un disposé à le faire ? (1) ». Déjà dans son rapport préliminaire, M. Saleilles avait dit : « Ce que veulent les personnes qui créent une œuvre individuelle, c'est précisément de faire autre chose que ce qui se fait partout, c'est de faire une tentative personnelle en vue d'un progrès à réaliser ou d'une lacune à combler. Il est possible que la *vanité* y soit pour quelque chose. On veut faire œuvre personnelle. Mais ce sont précisément ces stimulants qui provoquent les initiatives et les tentatives nouvelles. Et il faut beaucoup de celles-ci pour découvrir d'heureux procédés, susceptibles de se faire accepter et de durer (2) ».

La fondation ne peut donc pas toujours être remplacée par l'association. « L'association et la fondation, disait de son côté M. Larnaude, doivent se prêter un mutuel appui; elles sont, en quelque sorte, sœurs jumelles. Et leur action commune est indispensable pour constituer ces propriétés collectives dont la nécessité apparaît chaque jour, sous l'une ou l'autre forme (3) ». La même idée a été affirmée par M. l'abbé Lemire, en ces termes : « Il y a donc deux mouvements parallèles qui aboutissent au même résultat. Le mouvement du socialisme, qui veut la propriété collective par le groupement humain, par l'association, et le

(1) *Bul. de la Soc. d'Et. législ.* 1909, pp. 116-117.

(2) *Bul. de la Soc. d'Et. législ.*, 1908, p. 361.

(3) *Bul. Soc. d'Et. législ.* 1909, p. 37.

mouvement de l'individualisme, qui veut la propriété collective grâce à la survivance de l'individu par la fondation. Ces deux mouvements me paraissent se compléter l'un l'autre (1) ». Gierke avait donc bien raison de dire : « Notre fondation privée est donc certainement loin d'être une institution superflue et inutile. Elle ne pourrait jamais trouver un équivalent suffisant dans le droit des associations et celui des établissements publics (2) ».

Tout le monde est, au contraire, d'accord pour reconnaître que si on laisse aux fondations leur caractère intangible, on risquerait de voir se produire les inconvénients que nous avons vu plus haut. Aussi, le projet de la Société d'Études législatives chercha à y remédier ; mais avant d'étudier les mesures qu'il adopta, remarquons qu'en Allemagne et en Suisse, il y a une autorité de surveillance des fondations qui doit « intervenir avant tout, pour assurer le respect et l'exécution des volontés du fondateur... (et) pour permettre les modifications rendues nécessaires au fonctionnement de la fondation et au besoin même, lorsque son but est devenu irréalisable, inutile ou nuisible, pour en prononcer la suppression (3) ». Cette auto-

(1) *Bul. Soc. d'Et. législ.*, 1909, p. 106.

(2) Lettre de M. le professeur Otto Gierke, professeur à l'Université de Berlin. *Bul. Soc. d'Et. législ.* 1907, p. 70.

(3) Rapport de M. Saleilles à la Commission. *Bul. Soc. d'Et. législ.* 1906, p. 481 et les art. 80 et s. du C. c. allemand. L'article 83 du Code suisse décide que lors de la suppression les biens seront remis à une autre fondation

rité est donc investie de la triple fonction que nous venons de voir, en vue de l'exécution, de la modification et de la suppression de la fondation. « Donc, ce que l'on pouvait redouter. . d'un fonctionnement mal adapté au but à poursuivre ou même de certaines désuétudes qui fassent de l'œuvre une chose morte et fossile, immobilisant inutilement un patrimoine qui rendrait plus de services en revenant à la circulation, tout cela se trouve écarté par le fait même qu'il existe un organe permanent de contrôle qui de concert avec le Conseil de direction, pourra remplir le rôle, ou à peu près, qui appartient, en matière d'associations, à l'Assemblée générale elle-même (1) ».

En Angleterre, à la place d'une autorité administrative, c'est l'autorité judiciaire qui exerce ce droit de surveillance des fondations avec des pouvoirs aussi étendus que ceux que nous venons de voir.

La fondation a dans ces législations la souplesse de l'association. Son patrimoine n'est immuable que tant qu'elle rend de véritables services et alors le maintien d'un tel patrimoine, présentant un intérêt social proportionnel à son importance, ne présente à tous les points de vue, qu'avantages et profits.

dont le but se rapproche autant que possible de celui prévu par le fondateur.

(1) V. Rapport précité. *Bul. Soc. Etud. législ.* 1906, p. 481.

Projet de la Société d'Études législatives (articles 9-17). Cette partie est la plus importante du projet. « Dans la pensée de la Commission, nous dit M. Saleilles, le système de contrôle était la condition même de l'admissibilité du principe de la fondation privée. S'il existe des fondations privées, douées en principe de pérennité, et qui ne soient, ni des établissements d'Etat, ni des établissements mis sous la tutelle de l'Etat et reconnus par lui, ce ne peut être qu'à la condition que ces fondations fussent soumises à une surveillance légalement constituée, à l'effet d'une part, d'assurer le maintien et l'exécution des intentions des fondateurs et d'autre part, de garantir l'ensemble de la collectivité contre les abus possibles d'une gestion irrégulière ou d'une direction devenue dangereuse pour l'ordre public (1) ».

D'après l'article 9 du projet, le Comité de surveillance dans chaque département, se compose : du président du Tribunal civil, du procureur de la République, du directeur de l'Enregistrement, du secrétaire général ou à son défaut, d'un membre du Conseil de préfecture, d'un juge de paix, d'un délégué de la Chambre des notaires et d'un autre de celle des avoués.

On fait observer que la fixation par la loi des membres de ces commissions à raison de la fonc-

(1) *Bul. de la Soc. d'Et. législ.*, 1909, p. 188.

tion est intentionnelle, qu'il y a là une condition d'indépendance absolue et une garantie d'impartialité. Cette commission représente avant tout le fondateur, elle doit donc veiller à ce que ses intentions soient exécutées, à ce que les revenus des fonds affectés à la fondation soient employés conformément à leur destination (art. 10). Elle peut introduire des modifications d'un caractère purement fonctionnel et administratif aux statuts de la fondation durant son fonctionnement : disposition qui à l'épreuve a été jugée mauvaise ou que de nouvelles circonstances extérieures ont rendu l'application difficile ou onéreuse.

Tous les établissements privés sont, en effet, obligés de réformer de temps en temps, leur mode de fonctionnement pour l'adapter à des conditions nouvelles, autrement, ils risqueraient d'être ruinés. On comprendrait donc que ce que doit faire un particulier, doit aussi pouvoir se faire pour une fondation destinée à rendre un service collectif et social. D'ailleurs, ces modifications peuvent être attaquées par recours au Conseil d'État (1) (art. 13).

(1) Cet article a été fort attaqué lors de la discussion générale. On voulait donner le pouvoir de trancher les difficultés qu'il soulève aux tribunaux (comme le fait l'art. 16 pour les modifications importantes) et non au Conseil d'État. M. Saleilles estime, au contraire, que ce serait enlever tout recours dans les cas visés par l'art. 13. « Lorsqu'il sera reconnu, disait-il, que la modification dont il s'agit est de caractère purement fonctionnel, au

Tout le monde admet qu'une fondation qui deviendrait contraire à l'ordre public ou dangereuse pour les bonnes mœurs pourrait être supprimée par application de l'article 6 du Code civil. Mais on a remarqué que l'ordre public peut n'être menacé que par le mode de gestion et de fonctionnement et non par le but poursuivi par la fondation, et qu'à l'inverse une fondation peut devenir inutile sans être contraire à l'ordre public. Supprimer la fondation dans la première hypothèse et la maintenir dans la seconde n'est ni équitable, ni utile. Aussi a-t-on pensé qu'avant d'arriver à la suppression, il faut permettre la transformation de la fondation.

Le droit de transformation, dit-on, appliqué aux dispositions fondamentales des statuts de la fondation est le complément indispensable du droit analogue, que nous venons de voir, admis en matière de transformations du pur *mécanisme au cours* de l'existence des fondations. L'article 16 du projet donne aux tribunaux le pouvoir de statuer sur les demandes de suppression ou de transformation. Il n'admet que deux groupes de causes permettant la transformation ou la sup-

fond cette fois et non seulement pour la forme, et lorsqu'il est impossible de dire si le fondateur en aurait fait ou non une condition essentielle de son œuvre, le système nouveau laisse le dernier mot à la commission de surveillance, sans aucun recours possible. ». *Bul. Soc. d'Etud. législ.* 1909, p. 324. — Son opinion n'a pas cependant prévalu.

pression, l'un tenant à l'inutilité et à la déchéance dûment constaté de la fondation, et l'autre à la violation de la notion de l'ordre public et des bonnes mœurs (1).

L'article 17 décide que le tribunal prononcera la transformation lorsqu'il est possible d'affecter la fondation à un but similaire de celui fixé par le fondateur si le maintien de la fondation est jugé possible. On a cru respecter ainsi, autant que possible, les volontés du fondateur. Si les circonstances permettent de conclure qu'il eût préféré la suppression à une transformation restée possible, mais dénaturant son œuvre, le tribunal doit se décider pour la suppression. Cette suppression doit être prononcée aussi dans le cas où le maintien de la fondation est impossible. Les fonds seront attribués après liquidation, soit, à une œuvre approximativement similaire, soit si cette dévolution ne peut avoir lieu, à une caisse de fondations destinée à fournir des secours aux œuvres de solidarité sociale. Cette caisse de fondation a

(1) Le droit de demander la transformation ou la suppression est accordée au ministère public, à la commission de surveillance, au conseil de direction, aux héritiers du fondateur ou à son exécuteur testamentaire. Contre la demande du ministère public tous les autres peuvent faire opposition ; contre celle de la Commission de surveillance, l'opposition peut se faire de la part du Conseil de direction, des héritiers ou de l'exécuteur testamentaire ; contre celle émanant de l'un de ces derniers aucune opposition n'est possible (art. 16).

été empruntée à la loi du 1^{er} avril 1898 qui crée un fonds de dotation des sociétés de secours mutuels, pour recevoir les biens de sociétés dissoutes (art. 31 de la loi de 1898).

Dans ce projet, la commission avait toujours en vue de rassurer les fondateurs, de les encourager, de promettre à leur œuvre, sinon l'immortalité, tout au moins la plus grande durée qui soit compatible avec une création humaine.

Ce projet ne devait pas manquer de soulever l'opposition de ceux qui tiennent à respecter dans *tous les cas* la volonté du fondateur. C'est ainsi que M. Hauriou écrit : « l'idée même, de subordonner les fondations créées à une surveillance constante et de donner à la commission des fondations des pouvoirs de révocation, d'administration ou de dissolution me paraît fâcheuse. Le Français qu'on dit si étatiste, l'est en effet à certains égards, mais quand il ne veut pas de l'Etat il n'en veut pas du tout... A mon avis, il vaudrait mieux se montrer plus rigoureux au moment de la création et laisser après la liberté complète (1) ». M. Larnaude lui répond dans ces termes : « Il n'y a pas dans le droit public de système plus détestable que celui qui consiste à armer l'autorité publique d'un pouvoir de prévention prohibitive vis-à-vis d'une liberté quelconque, sauf à laisser ensuite à cette liberté la bride sur le cou ! Cela

(1) Lettre de M. Hauriou à M. R. Saleilles. *Bul. de la Soc. d'Etud. législ.* 1909, p. 82.

c'est l'arbitraire, et la négation même de la liberté et du droit individuel ou corporatif. Et c'est aussi une fois la concession faite, la voie ouverte à toutes les aventures ou à toutes les fantaisies. *Toutes les libertés doivent être surveillées.* Elles ne cessent pas pour cela d'être des libertés... Il faut songer à ce public, général ou spécial, à qui en réalité sont donnés les biens qui forment la dotation de la fondation, les pauvres, les malades, les artistes ou les écrivains dans l'infortune, les jeunes savants ou littérateurs ; il faut qu'ils aient leur représentation. Et c'est cette représentation que nous avons constituée... (1) »

Dans le projet, on n'a indiqué que deux causes permettant la transformation ou la suppression des fondations (art. 16). On exige l'inutilité complète. Cependant il peut arriver qu'une fondation paraisse trop riche par rapport aux services qu'elle rend. N'y aurait-il pas là une part du capital, peut-être importante, stérilisée et immobilisée sans aucun profit ? C'est M. Colson, qui fit cette remarque : « Ainsi on a fondé un hôpital de 100 lits, dit-il, pour les habitants d'une ville qui se dépeuple 50 lits suffiraient aux besoins, il est fâcheux de laisser les revenus de la fondation mal utilisés, et cependant il n'y a pas lieu de fermer l'hôpital qui n'est pas devenu complètement inutile. Il faut qu'une autorité ait qualité pour affecter à un usage

(1) *Bul. de la Soc. d'Etud. législ.* 1909, p. 298.

profitable l'excédent des ressources de manière à éviter ce qui est le vrai danger de la mainmorte, l'immobilisation des richesses sans cesse croissantes dans des affectations ne répondant plus à des besoins en rapport avec leur importance et le coulage qui en est la conséquence. (1) »

M. Saleilles reconnaissant la justesse de ces remarques proposa de modifier les articles 16 et 17 (2) du projet de manière à permettre aux tribunaux d'imposer la réduction du patrimoine de la fondation et d'attribuer l'excédant à une fondation similaire ou à défaut de le verser dans la caisse des fondations.

Pour apprécier l'économie générale de ce projet, il nous suffit de recourir au jugement de son regretté rapporteur qui fut son principal artisan : « Ce système, tel qu'il est organisé, dit M. R. Saleilles, enlève à la fondation ce caractère d'œuvre morte et immobilisée qu'on lui a tant reproché ; il en fait quelque chose de progressif et de vivant, au même titre que l'association elle-même. Il reste

(1) *Bul. de la Soc. d'Et. lég.*, 1909, p. 336.

(2) Il préconisa de modifier l'art. 16 de la façon suivante : « Lorsque la fondation est devenue complètement inutile, ou que son patrimoine soit tel qu'il y ait disproportion choquante entre son montant et les résultats qu'il sert à réaliser, etc... » et d'ajouter à l'article 17 un troisième paragraphe ainsi conçu : Dans tous les cas le Tribunal est autorisé, au lieu de prononcer la suppression, à imposer une réduction de patrimoine ; l'excédent retranché sera attribué conformément au paragraphe qui précède. » V. *Bul. de la Soc. d'Etud. législ.* 1909, p. 224.

cette différence qu'au lieu d'en laisser l'évolution s'accomplir au gré des volontés changeantes de majorités incessamment renouvelées, elle résulterait de transactions successives et incessantes entre la volonté individuelle du créateur de l'œuvre et les exigences de l'intérêt social... Dans un pareil système, toutes les objections au principe de la fondation privée sont écartées... C'est le début qui doit répondre de l'avenir (dans le système actuel); et quoiqu'on fasse quelque précaution qu'on prenne, le début ne peut jamais répondre de l'avenir. La meilleure des œuvres, la plus utile à l'apparence, d'après ses statuts et même à ses débuts, peut facilement et même assez vite devenir stérile entre des mains inexpérimentées. L'avenir seul doit répondre de lui... Une œuvre qui se crée est comme un individu, un responsable devant la société; il n'est permis à personne d'échapper à cette responsabilité sociale. Et pour qu'elle existe il faut des organes chargés d'en fournir la sanction. Dans un système de ce genre, les garanties à établir doivent subsister côte à côte, non pas pour entraver les œuvres et les soumettre à une inquisition gênante, mais pour leur fournir le moyen de se réformer, de se développer et de prospérer? Dans ces conditions il n'y a plus à craindre de voir certaines fondations se créer librement; si elles cachent des périls, on les verra à l'œuvre et les interventions nécessaires se produiront; si après avoir été prospères, elles sont menacées de déchéance, le même pouvoir modérateur les aidera

à se relever. Et si jamais elles devenaient un danger économique et social, les tribunaux seraient là pour prononcer sur leur maintien (1) ».

Mais tout cela n'est obtenu qu'au détriment du fondateur qui ne pourra plus assurer à sa volonté une sorte de souveraineté indéfinie. Sa volonté n'est plus autonome, elle dépend de l'utilité sociale, qui la limite et la redresse.

(1) V. *Bul. de la Soc d'Etud. législ.* 1909, p. 233-234.

CONCLUSION

Nous avons vu que le principe classique de l'autonomie de la volonté ne peut pas être le seul fondement du droit. Son point de départ, qui est de ne considérer la société que composée d'individus primitivement isolés les uns des autres et qui se sont réunis par leur propre et libre volonté, est faux. Sans conflits, sans intérêts qui s'opposent, on ne peut jamais avoir une simple notion de l'idée de droit. L'homme « naît enchaîné par le lien social, enserré dans un réseau complexe de solidarités matérielles et morales auxquelles, pour vivre, il doit nécessairement s'adapter, comme il doit se plier aux lois du monde physique (1) ».

La réalité, et ce que nous avons vu concernant l'évolution de la notion de la liberté des contrats la confirme, c'est que le principe de l'autonomie ne peut prétendre qu'au rôle, d'ailleurs d'une importance capitale, de moyen pour réaliser le droit.

(1) Gounot, *Principe de l'autonomie*, p. 321

Le but de droit (1) dans une société civilisée, ne peut être qu'une tendance vers la justice en tenant compte de l'intérêt général et des nécessités du progrès et de la marche en avant.

Le principe de l'autonomie de la volonté individuelle reste-t-il encore le moyen le plus propre à réaliser ce but ? Nous le croyons ainsi, en principe du moins, dans le domaine des contrats individuels. Mais comme ce n'est qu'un moyen, il ne peut jamais prétendre s'imposer comme un dogme dans les cas où il lui est impossible de remplir sa fonction. Ceci nous donne la mesure et l'explication des exceptions qu'il comporte. Au contraire, l'intérêt général et l'utilité sociale tendent à restreindre et à limiter l'application de ce principe dans le domaine des contrats qui ont pour but direct et immédiat un intérêt collectif.

L'intervention de l'Etat se justifie dans les limites que nous venons d'indiquer ; mais l'Etat ne doit jamais être « *le centre d'attraction* » de toutes les énergies de la nation.

Nous ne sommes ni pour les individualistes, ni pour les étatistes, nous tenons compte des inté-

(1) « La justice ! dit M. Ed. Picard. Faire régner la Justice ! C'est-à-dire établir en leurs conditions les plus parfaites, les rapports sociaux qui réclament la *Protection-Contrainte* de la collectivité. Au delà, on ne voit plus rien à souhaiter dans l'œuvre juridique, car la réalisation de ces rapports est l'équivalent de la somme de *Bien-Être* la plus considérable qui puisse être obtenue par le secours du droit. » *Le Droit pur*, p. 303.

rêts de l'individu sans les opposer à ceux de la société, ce qui est d'ailleurs conforme à la nature humaine. L'homme est à la fois individualiste et collectif.

L'homme est sociable, il sent la nécessité d'appartenir non à un seul groupe, mais à plusieurs : il appartient à telle nation, à telle religion, à telle famille, à telle société mutualiste, à tel parti politique, à tel syndicat, etc, etc... Mais il ne peut jamais se passer de liberté individuelle. « Il est à la fois partie et tout, dit M. Ed. Picard, cellule et corps organique, égoïste et altruiste, dans l'impossibilité soit de vivre seul, soit de vivre en s'absorbant, en s'anéantissant dans autrui » (1).

C'est pourquoi la véritable justice doit tendre à harmoniser ces tendances contraires, à les concilier et à les atténuer pour le bonheur de chacun et de tous.

Les notions classiques de liberté et d'égalité doivent donc changer aussi dans la mesure que nous venons d'indiquer. La liberté absolue mettant le fort en présence du faible, sans tenir compte du point de départ et des armes respectives, conduit à l'écrasement de ce dernier. Sans égalité réelle, impossible de se réaliser dans la généralité des cas, on ne peut empêcher une intervention nécessaire pour chercher à remédier au pouvoir disproportionné, des parties en présence, autant que possible.

(1) Ed. Picard, *op. cit.*, p. 320.

Attribuer, nominalement, des droits à tous, sans leur en assurer l'exercice réel ne sert qu'à attribuer au fort le droit d'agir arbitrairement en des milliers de circonstances. Seulement l'Etat ne doit intervenir, pour secourir les faibles, que si, aucun des autres groupes auxquels ils appartiennent ne peut arriver à le faire.

Insistons enfin sur ce point que nous ne voulons pas par là que l'Etat intervienne pour établir une égalité de toutes les situations, car cela ne sera seulement pas impossible, mais encore il ne servirait qu'à entraver tout progrès en annihilant les raisons d'agir, les plus efficaces, pour développer l'effort des hommes énergiques et pour empêcher les paresseux de trop céder à leur mollesse.

D'ailleurs nous pensons, et nous croyons que le simple exposé de l'évolution de l'idée de la liberté dans les contrats par lequel nous avons commencé cette étude, confirme notre manière de voir, que ce sont des conditions économiques qui ont influé sur cette évolution. C'est ainsi que la théorie philosophique de l'autonomie de la volonté dans les contrats a suivi les affirmations des physiocrates sur la nécessité « de laisser passer, laisser faire ».

C'est ainsi, aussi, que les plus importantes des atteintes portées au principe individualiste, qui concernent les contrats où un intérêt direct mais collectif est en jeu, ne sont que le résultat et la conséquence du développement et de l'évolution de la grande industrie. A notre avis, c'est

là le fait le plus important et le plus gros de conséquences, qui se soit produit au XIX^e siècle, et peut-être même dans toute l'histoire. L'emploi des grandes forces naturelles, la vapeur, l'électricité, l'eau a complètement et subitement transformé la marche de la civilisation. Aux ateliers de famille où l'artisan vivait en tête-à-tête avec le patron, se sont substitués les ateliers modernes. Des milliers d'ouvriers travaillent pour le compte d'individualités toutes puissantes et surtout pour celui d'importantes sociétés anonymes.

Cette transformation économique a donc fait naître une nouvelle classe sociale : La classe ouvrière ; et une nouvelle organisation du capital : Les sociétés anonymes par actions. Or nous avons vu que les modifications les plus importantes apportées au principe individualiste concernent justement ces deux organes de l'industrie moderne.

Dans ces deux organes, on est en présence de groupements d'hommes ayant des intérêts similaires et dépendant les uns des autres. Dans une Société d'exploitation industrielle, d'un côté, tous les actionnaires ont des intérêts identiques et, d'un autre côté, tous les ouvriers sont solidaires et le sort et la situation de l'un d'eux dépendent généralement de ceux des autres.

Nous comprenons que, dans des hypothèses pareilles où une décision à l'unanimité est impossible, l'on se contente d'une imposante majorité. Cependant, la minorité ne doit pas être écrasée ; on doit chercher à sauvegarder ses intérêts légi-

times en donnant à un pouvoir supérieur, impartial et compétent, le droit de contrôler les décisions de la majorité, comme cela se fait en cas de concordat, où l'on exige l'homologation du Tribunal.

Et une fois qu'on a compris que le contrat doit être assez souple pour se plier aux exigences économiques, on se trouva amené à envisager la possibilité de modifier certains contrats individuels en invoquant aussi des nécessités économiques. Il est vrai que pour ceux-là, on ne veut encore admettre que des modifications minimales ne portant pas sur les points essentiels du contrat.

Une limite commune à toutes les modifications de ces derniers contrats est celle qui consiste à ne pas augmenter les éventualités ou les risques d'inexécution du contrat, contrairement à l'intérêt de la partie qui ne propose pas la modification : « Le contrat ne peut jamais être modifié, dit M. Demogue, de sorte qu'il fait courir un plus grand risque d'inexécution à l'autre partie, du moins si elle n'est pas en faute (1) ».

Dans ces limites et sous ces garanties, le contrat remplira le rôle, vraiment digne et beau, de nous diriger vers la paix sociale, idéal de tous les peuples civilisés.

(1) Demogue, *Des Modifications aux Contrats par volonté unilatérale*, p. 65.

BIBLIOGRAPHIE

- Aguesseau (D').** — OEuvres complètes et principalement les t. II et X. Paris, 1777.
- Appleton (P.).** — Du droit des assemblées extraordinaires dans les sociétés par actions. Paris, Rousseau, 1902.
- Aubry et Rau.** — Cours de droit civil français, 10 vol., 4^e édit. (1869-1878) : 5^e édit. les cinq premiers volumes (1897-1907).
- Beaumanoir (Phil. de).** — Les coutumes de Beauvoisis, édit. Solmon, 1899-1900 ; 2 vol. *in-8°*.
- Béchaux (A.).** — Le droit et les faits économiques. Paris, Guillaumin, 1889.
- La réglementation du travail, 2^e édit., Paris, Lecoffre, 1904.
 - Les écoles économiques au XX^e siècle, trois tomes. Paris, Rousseau, 1902, 1907 et 1912.
 - Economistes réalistes. Paris, Rousseau, 1908.
- Berthélemont.** — L'arbitrage obligatoire. Thèse, Paris, 1901.
- Beudant (Ch.).** — Le droit individuel et l'Etat, 2^e édit. Paris, Rousseau, 1891.
- Blondel (G.).** — Etude sur le Code civil allemand et les ouvriers. Paris, Imprimerie générale Lahure, 1902.

- Boistel.** — Précis du droit commercial, *in-8°*. Paris, Thorin. — Note sous Cassation, 30 avril 1894 ; D. 94-1-553 s.
- Bonfils.** — Les sociétés, étude dans la *Rev. prat.*, 1895, p. 545.
- Bouglé.** — La crise du libéralisme, *Rev. de métaphysique*, 1902, p. 635 s.
- Bourgeois (L.).** — Solidarité, 7^e édit. Paris, Armand Colin, 1912.
- Brants.** — Les théories économiques aux XIII^e et XIV^e siècles.
- Brissaud.** — Histoire générale du droit français, public et privé, Paris, Fontemoing, 1904.
- Bulletin** de la Société d'Etudes législatives, depuis 1901.
- Bulletin** de la Société de législation comparée depuis 1869.
- Cambacérès.** — Rapports des trois premiers projets du Code Napoléon, dans Fenet, t. I, p. 4 s., p. 400 s. et p. 156 s.
- Capitant (H.).** — Cours de législation industrielle. Paris, Pedone, 1912. — Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales. 3^e édit. Paris, Pedone, 1912.
- Charmont (J.).** — Le droit et l'esprit démocratique. Montpellier, Coulet, 1908.
- La renaissance du droit naturel. Montpellier, Coulet, 1910.
 - Compte-rendu du livre de Saleilles, la déclaration de volonté, *Rev. critique*, 1902, p. 456 s.
 - L'interprétation des conventions privées échappent-elle au contrôle de la Cour de Cassation ? *Rev. critique*, 1894, p. 74 s.
- Colin (A.).** — Note sous Cassation, 15 mai 1907 ; D. 1907, 1, 369.
- Colson (C.).** — Cours d'économie politique. Paris, Gauthier-Villars et Alcan, 6 vol. et principalement

le livre II, traitant du travail et des questions ouvrières.

Colson (C.). — Organisme économique et désordre social. Paris, Flammarion, 1912.

Cruet (J.). — La vie du droit. Paris, Flammarion, 1908.

Demogue (R.). — Des modifications des contrats par volonté unilatérale. Paris, Larose, 1907.

— Les notions fondamentales du droit civil. Essai critique. Paris, Rousseau, 1911.

Dereux (G.). — De l'interprétation des actes privés. Thèse, Paris, 1905.

— Etudes des diverses conceptions actuelles du contrat. Rev. critique, 1901, p. 513 s. et 1902, p. 105 s.

— De la nature juridique des contrats d'adhésion. Rev. trimestrielle, 1910, p. 503 s.

Destruels. — Traité pratique de législation anglaise sur les sociétés anonymes « Limited ». Paris, Chevalier-Marescq, 1896.

Domat. — Les lois civiles dans leur ordre naturel. Nouvelle édition. Paris, 1777., 2 vol. *in-4°*.

Dreyfus (G.). — L'acte juridique en droit privé international. Thèse, Paris, 1904.

Duguit (L.). — L'État, le droit objectif et la loi positive. Paris, Fontemoing, 1901.

— Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'État, 2^e édit. Paris, Alcan, 1911.

— Les transformations générales du droit privé, depuis le Code Napoléon. Paris, Alcan, 1912.

Durkheim. — La division du travail social, 2^e édit. Alcan, 1903.

Eichthal (Eug. D') — La liberté individuelle du travail et les menaces du législateur. Paris, Alcan, 1908.

Esmein (Adh.). — Etude sur les contrats dans le très ancien droit français. Paris, Larose et Forcel, 1883.

Faguet (E.). — Le libéralisme. Paris, Soc. fr. d'Imp. et de libr., 1902.

— Rousseau Penseur. Paris, Soc. fr. d'Imp. et de lib.

— Le socialisme en 1907. Paris, Soc. fr. d'Imp. et de lib.

— La politique comparée de Montesquieu, Rousseau et Voltaire. Paris, Soc. fr. d'Imp. et de lib.

Fenet. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, 1836, 15 vol. *in-8°*.

Fouillet (Alf.). — L'idée moderne du droit, 6^e édit. Paris, Hachette, 1909.

— La science sociale contemporaine, 3^e édit. Hachette.

Gazette du Palais.

Gazette des Tribunaux.

Gény (F.). — Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif. Paris, Chevalier-Marescq, 1899.

— Compte-rendu du livre de M. Duguit, l'Etat, le droit objectif et la loi positive. Rev. critique, 1901, p. 502 s.

Gérard (Fréd.). — Manuel élémentaire du droit romain, 4^e édit. Paris, Rousseau, 1906.

Gide (Ch.). — Economie sociale, 3^e édit. Paris, Larose, 1907.

Gide et Rist (Ch.). — Histoire des doctrines économiques. Paris, Larose, 1909.

Godart (J.). — Rapport du projet de la loi réglementant le travail des adultes, Chambre des députés, annexe au procès-verbal de la séance du 21 mars 1907.

Gonnot (P.). — La grève dans l'industrie privée. Paris, Rousseau, 1912.

Gounot (E.). — Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Thèse, Dijon, 1912.

Grasserie (R. de la). — Principes sociologiques du droit *in-8°*, 1906.

— De la volonté comme source d'un droit, *Revue critique* 1914, p. 300 s. et p. 597 s.

— Etude sur l'inégalité dans les contrats en droit comparé, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1911, p. 482 s.

Guillery. — Des sociétés commerciales en Belgique, 3 vol., Bruxelles, Bruylant (1882-1883).

Guyot (Y.) — La démocratie individualiste. Paris, Giard et Brière, 1907.

Hanotaux (G.) — La démocratie et le travail. Paris, Flammarion, 1910.

Hayem (F.) — De l'idée de lésion dans les contrats entre majeurs. Thèse, Paris, 1899.

Höfding (H.) — J.-J. Rousseau et sa philosophie. Paris, Alcan, 1912.

Huc — Commentaire théorique et pratique du code civil. 15 vol. *in-8°*, 1891-1903.

Jay (R.) — La protection légale des travailleurs, Paris, Larose, 1904.

Jhering (Von) — L'esprit du droit romain, traduit par Meulenaere, 3 édit., 4 vol. *in-8*, Paris 1888.

Journal des sociétés civiles et commerciales, françaises et étrangères, depuis 1880.

Kant. — Métaphysique du Droit, édition Tissot. Paris 1853.

Labbé. — Note sous cassat., 27 juin 1881 ; S. 81-1-441.

Lacour. — Note sous cassat., 29 janvier 1894 ; D. 94-1-313.

Lambert (Ed.) — La fonction du droit civil comparé, Paris, Giard et Brière, 1903.

— Etude sur le contrat en faveur des tiers. Paris, 1893.

Laurent. — Principes du droit civil français, 1893, 33 vol. *in-8*.

Léon XIII — Encycliques, « *Rerum novarum* » et « *Graves de communi* ».

Leroy-Beaulieu (Paul). — L'Etat moderne et ses fonctions. 4^e édit. Paris, Alcan, 1911.

Levasseur (E.). — Histoire de classes ouvrières en France, Paris, Guillaumin, 1859.

Lyon-Caen (Ch) et **Renault.** — Traité de droit commercial et spécialement le t. II 3^e édit. Paris, Pichon, 1903.

Lyon-Caen (L.). — Limites des pouvoirs des assemblées générales, *Journal des sociétés*, 1880 p. 277 s.

Marguery (E). — Le droit de propriété et le régime démocratique, Paris, Alcan, 1906.

Michoud (L.). — La théorie de la personnalité morale et son application en droit français, 2 vol. *in-8*, 1906-1909.

Millerand (A.). — Le socialisme réformiste français. Société nouvelle de librairie et d'édition, Paris, 1903.

Montesquieu. — L'esprit des lois, 2 vol. édition Flammarion.

Morin (G.). — Evolution de la théorie du contrat depuis le code civil, cours de droit civil approfondi professé à la Faculté de Droit de Montpellier (1911-1912).

Mornet (M). — Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile, 1804-1904, Thèse, Paris 1904.

Nogaro (B.) — L'arbitrage obligatoire et la propagation du contrat collectif en Australasie, Thèse, Paris, 1906.

Ollivier (E.). — Rapport de la loi du 25 mai 1864, *Moniteur officiel* du 19 mai 1864.

Passy (F.). — Leçons d'économie politique, 2^e édition, 2 vol. *in-8*, 1862.

Perrin (J.). — Essai sur la réductibilité des obligations excessives. Thèse, Paris, 1905,

Pic (P.). — Traité élémentaire de législation industrielle, 4^e édition, Paris, Rousseau, 1912.

— La protection légale des travailleurs, Paris, Alcan, 1906.

Picard (E.). — Le droit pur, Paris, Flammarion, 1908.

Planiol (M.). — Traité élémentaire de droit civil, 3 vol., 5^e édition, Paris, Pichon (1909-1910).

Polier. — L'idée du juste salaire. Thèse, Toulouse, 1903.

Pothier. — Œuvres complètes, 11 vol., édit. Beugnot, 1867.

Rambaud (J.). — Histoire des doctrines économiques, 3^e édit., 1909.

Rau. — Voir Aubry.

Renault. — Voir Lyon-Caen (Ch.).

Rist. — Voir Gide.

Rousseau (J.-J.). — Contrat social, discours sur l'inégalité parmi les hommes, édit. Garnier frères.

Saleilles (R.). — De la déclaration de volonté, 1902. — Introduction à l'étude du droit civil Allemand, 1904.

— Etude sur la théorie générale des obligations, d'après le projet du code civil allemand 1901.

— De la personnalité juridique. Histoire et théorie, *in-8°*, 1910.

— Divers rapports sur la question des fondations, Bull. de la Soc. d'Et. légis. (1906-1909).

— L'origine du droit et du devoir, [Revue de philosophie, 1909, p. 146, s.

Savigny. — Le droit des obligations. Traduction Gérardin, 2 vol., *in-8°*, 1872-1873.

Sieyès. — Préliminaires de la constitution, 20-21 juillet 1789. Archives parlementaires, 1^{re} série, t. VIII.

- Spencer (H.).** — L'individu contre l'Etat, traduction Gerschell, 6^e édit., Paris, Alcan.
- Sorel (Albert).** — Introduction au livre du centenaire du code civil, Paris, Rousseau, 1904.
- Sumner-Maine.** — L'ancien droit, traduit par Courcelle-Seneuil, *in* 8°, 1874.
- Tanon (L.).** — L'évolution du droit et la conscience sociale, Paris, Alcan, 1911.
- Tarde (A.).** — L'idée du juste prix, Thèse, Paris, 1906.
- Tarde (G.).** — Les transformations du droit, 6^e édit., Paris, Alcan, 1909.
- Psychologie économique, 2 vol., Paris, Alcan, 1902.
- Thaller.** — Traité élémentaire de droit commercial, 4^e édit., Paris, Rousseau, 1910.
- Note sous Cassation, 30 mai 1892 ; D. 93, 1, 103, s.
- Whal.** — Note sous Cassation, 18 octobre 1899 ; S. 1901, 1, 81
- Pouvoir des assemblées générales, Journal des sociétés, 1900, p. 103 s.
-

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION.....	5
-------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

ÉVOLUTION DE LA NOTION DE LA LIBERTÉ DANS LES CONTRATS JUSQU'AU XVIII^e SIÈCLE

CHAPITRE PREMIER

I. Formalisme du droit romain primitif. — Ses avantages et ses inconvénients. — Contrats consensuels. — Exceptions de dol et de violence. — Contrats innomés. — Pactes prétoriens et pactes légitimes. — Résultats acquis.	10
II. Dédain des premiers romains pour le commerce et l'industrie. — Intervention des empereurs. — Réglementation du commerce des choses nécessaires à la subsistance. — Influence des règlements sur les contrats qui se rapportent à ce commerce. — Organisation des métiers et création des collèges. — Avantages et inconvénients de cette organisation. — Droits des collèges et devoirs des ouvriers. — Décadence du commerce et de l'industrie au IV ^e siècle. — Intervention de plus en plus oppressive de l'Etat. — Mauvais résultats de cette politique. — Disparition, de fait, des collèges. — Invasion des barbares	19
III. Le XIII ^e siècle et ses jurisconsultes coutumiers. — Reconnaissance des simples pactes. — Fondement de cette reconnaissance. — Interpolation des textes romains. — Influence du droit canonique et des tribunaux.....	32
IV. Réformation des corporations. — Monopole et réglementation du travail et du commerce. — Fixation des prix de certaines choses.	

	Pages
— Raisons diverses de l'accord général sur cette question. — Changements plusieurs fois répétés de la valeur de la monnaie par les princes. — Manque de moyens de communications. — Le juste prix et le juste salaire des canonistes. — Opinion isolée de Buridan. — Théorie de la valeur d'après les premiers canonistes. — Les frais de production sont à la base de cette théorie. — Evolution de cette théorie. — D'objectif, le juste prix devient subjectif. — Possibilité de l'existence simultanée de plusieurs justes prix de la même chose. — D'après ces mêmes idées, ils déterminent le juste salaire et interdisent l'usure. — Idéal moral des canonistes.....	38
V. Délaissement des corps de métiers par les ouvriers aux xiv ^e et xv ^e siècles. — Interventions royales pour réglementer le travail. — Ordonnance de 1351. — Lois somptuaires. — Henri IV et la liberté du commerce. — Colbert et la protection des industries naissantes. — Ordonnance du 5 avril 1641, rendue dans l'intérêt de l'imprimerie royale. — Réglementation de la fabrication et de la teinture des draps et des fils. — Inconvénients de ce protectionnisme. — Idées libérales de Colbert. — Domat, continuateur des idées de ses devanciers.....	52

CHAPITRE II

LE XVIII^e SIÈCLE, LA RÉVOLUTION ET L'ARTICLE 1134 DU CODE CIVIL

I. <i>Les économistes</i> : Law essaie de supprimer certains offices. — Confusion de la mauvaise foi et de la liberté des contrats. — Idées libérales des physiocrates. — Leurs attaques à toute idée d'intervention de l'Etat pour réglementer le travail, le commerce ou les contrats. — Turgot. — Abolition des corvées. — Abolition des maîtrises et des jurandes. — Opposition du parlement. — Disgrâce de Turgot. — Rétablissement partiel des corporations et des maîtrises en août 1776. — Mécontentement général.....	64
II. <i>Rousseau</i> : Son individualisme. — Le contrat social. — Son horreur du luxe. — La véritable égalité est l'égalité naturelle et de fait. — La liberté n'est pour lui que l'égalité. — Pour arriver à l'égalité qu'il préconise, Rousseau utilise des moyens contradictoires et des arguments qui varient suivant les circonstances. — L'Etat doit être la seule association permise.....	77
III. <i>Les Jurisconsultes</i> : D'Aguesseau et Pothier n'innovent pas	99
IV. <i>La Révolution</i> : Influence de Rousseau sur les assemblées révolutionnaires. — De l'homme libre ayant une volonté libre tout découle. — Abolition de toutes les institutions non conformes à l'idée de liberté absolue des individus. — Loi Chapelier du 14-17 juin 1791..	104

V. <i>Le code civil</i> : Evolution de l'esprit des différents projets de Cam- bacérés. — Premier projet : établissement du divorce ; abolition de la puissance paternelle. — Deuxième projet : les besoins natu- rels de l'homme ; respect et sanction des conventions ; ce projet est conçu dans le même esprit que le premier, — Troisième projet : il fait un retour en arrière ; administration unilatérale des biens communs des époux ; modifications des raisons pour lesquelles on continue à admettre le divorce ; la loi comme fondement des obliga- tions ; l'incertitude en cette matière est un fléau. — Pourquoi aucun de ces projets n'a réussi. — Modifications continuelle des idées et de la politique des assemblées législatives. — Dernier projet. — Son vote est dû à l'énergie et à l'autorité du Premier Consul et au calme relatif qui régnait en ce moment. — Il fut modéré mais individua- liste. — Interdiction des associations non civiles, ni commerciales. — Les lois ne sont pas immuables. — Rétablissement de la <i>puis- sance maritale</i> et de la <i>puissance paternelle</i> . — Limitation des cau- ses du divorce. — Principe de la liberté des contrats. — Rétablisse- ment du bail emphytéotique et de la rente foncière. — L'article 1134 et la théorie de l'autonomie de la volonté ne partent pas du même point pour arriver à déclarer la liberté des contrats. — <i>Maxime de la coexistence</i> de Kant. — Théories de la <i>lutte pour l'existence</i> et de la <i>solidarité des êtres</i> . — Spencer, partisan du prin- cipe de la <i>sélection naturelle</i> . — Rapports de ces différentes théo- ries entre elles. — Rôle réservé à l'Etat. — Théorie du sujet de droit.	110
---	-----

CHAPITRE III

PRINCIPAUX EFFETS DE LA THÉORIE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ APPLIQUÉE AUX CONTRATS

I. <i>Pas d'obligation sans contrat</i> : Recours des juristes à l'idée de fiction pour pouvoir maintenir cette base à toutes les obligations. — Ce que pensent MM. Fouillée, Faguet et L. Bourgeois du pouvoir du contrat et de son avenir. — Les délits et les quasi-délits reposent aussi sur la théorie de la volonté. — L'article 1370 du Code civil. — Intérêts pratiques de ces idées.....	134
II. <i>Tout engagement libre est juste</i> : Lésion dans les contrats faits par des personnes majeures. — Fixation du taux de l'intérêt. — Rôle de l'Etat. — Réglementation du travail des adultes. — Théorie de l'abus du droit. — Impossibilité d'exiger la justice absolue dans les contrats.....	141
III. <i>Nul ne peut modifier les conditions ou les effets d'un contrat vala- blement formé sans le consentement unanime de tous ceux qui y ont contribué</i> : Existence de plusieurs exceptions à ce principe. — Objet de la deuxième partie de ce travail.....	144

DEUXIÈME PARTIE

DES MODIFICATIONS DES CONTRATS

CHAPITRE PREMIER

EXCEPTIONS ADMISES PAR LE CODE CIVIL

	Pages
I. <i>Des contrats qui touchent à l'état des personnes</i> : Séparation de corps. — Différences d'avec le divorce. — Effets de la séparation. — Loi du 6 février 1893. — Conversion de la séparation en divorce. — Grave atteinte au principe de l'autonomie de la volonté. — Des contrats qui se rapportent au patrimoine.....	151
II. <i>Modifications imposées par une seule des parties contractantes</i> : A. Du droit de rétention. — Cas prévus par le Code. — Justification et critique. — Les textes du Code s'appliquent-ils limitativement ? — Cas délicats. — Conditions nécessaires pour l'existence de ce droit. — B. <i>Des contrats qui ont pour objet une obligation de faire ou de ne pas faire</i> . — Inexécution du contrat par l'une des parties. — L'autre partie n'aura en principe, droit qu'à des dommages-intérêts. — Théorie des astreintes. — C. <i>Révocation du gérant d'une Société</i> . — L'esprit du Code et le droit d'association. — L'article 1856 c. c. — L'associé gérant peut être révoqué malgré son opposition. — Qui peut exiger cette révocation. — D. <i>Des contrats d'aide et de commandement</i> . — Définition de M. Demogue. — Définition de M. Morin. — Caractères distinctifs. — Contrat d'entreprise. — Variétés. — <i>Contrat de transport</i> . — Pouvoir reconnu à l'expéditeur. — L'article 576 c. com. — La convention de Berne du 14 octobre 1890. — <i>Des devis et marchés</i> . — Les articles 1793 et 1794 c. c. — Fausse interprétation de M. Demogue. — Cas prévu par l'art. 1793. — Application extensive de ces articles. — Contrats de mandat, de commission et d'édition. — Comment il est plus facile d'admettre la résiliation d'un contrat que sa modification. — La jurisprudence et l'article 2004 c. c. — M. Demogue veut appliquer l'article 1794 au louage d'ouvrage à durée déterminée. — L'esprit de l'article 1780 nouveau ne se concilie pas avec cette opinion. — Moyen pratique d'arriver <i>en fait</i> à donner au maître de l'affaire le pouvoir de modifier la convention dans ces contrats. — Pourquoi nous n'admettons pas l'opinion de M. Demogue ? — Doit-on considérer la rupture du contrat comme plus grave que sa modification ? — Autres cas prévus par le Code.....	155
III. <i>Modifications que peuvent imposer les tribunaux sur la demande de l'une des parties et malgré l'opposition de l'autre</i> : Séparations de biens. — Réductibilité des obligations de l'émancipé (article 484, alinéa 2). — Application de cet article au prodigue et au faible d'esprit. — Terme de grâce. — De l'article 1184, alinéa 3.....	181

	Pages
IV. <i>Modifications que peut imposer une personne étrangère au contrat :</i> Divers cas de retrait. — Du retrait litigieux. — Hypothèses où la subrogation légale est permise.....	186
V. <i>Pourquoi le Code a-t-il admis les exceptions précédentes :</i> Faute commise par l'une des parties. — Situation particulière et intéres- sante de l'une des parties. — La modification, qui est dans l'intérêt d'une personne étrangère au contrat, ne nuit aucunement aux par- ties contractantes. — <i>Conséquence :</i> le contrat est respectable grâce au but qu'il veut atteindre.....	191

CHAPITRE II

DE QUELQUES EXCEPTIONS NON PRÉVUES PAR LE CODE CIVIL

QUI PERMETTENT DE MODIFIER

LE CONTRAT SANS LE CONSENTEMENT UNANIME DE TOUS LES CONTRACTANTS

- I. *Modifications apportées ou à apporter par une décision législative :*
Caractères de ces modifications. — *Intervention indirecte.* — Lois
dites d'ordre public. Exemple : toutes les lois ouvrières. — *Inter-
vention directe.* — Les lois qui en résultent sont facultatives pour
l'une des parties et impératives pour l'autre. — Leur peu d'import-
tance. — Quelques exemples. — L'Etat doit-il intervenir dans les
contrats de travail ? — *A. Les socialistes.* — Socialisation des moyens
de production, but du socialisme intégral. — Socialistes réformistes.
— Idées de M. Millerand. — Ils veulent diminuer et non supprimer
les inégalités sociales. — *B. Les catholiques sociaux.* — Encyclique
Graves de communi de Léon XIII. — Leur programme. — Ils sont
sur plus d'un point d'accord avec les socialistes. — Ils demandent
une législation sociale. — *C. Les socialistes de la chaire.* — La
protection légale de l'ouvrier. — Le salaire minimum. — *D. Les éco-
nomistes et les libéraux.* — Changements significatifs de leurs prin-
cipes. — On doit s'occuper des producteurs et non seulement des
produits. — Toutes ces doctrines admettent l'intervention de l'Etat.
— Mais elles diffèrent sur la mesure de cette intervention. — *Ten-
dances de toutes les législations modernes.* — Travail de l'adulte. —
Rapport de M. J. Godart. — Critiques de M. Yves Guyot. — Vote
du projet avec des concessions importantes. — Critiques des socia-
listes. — La classe moyenne constitue un obstacle à l'application
générale des lois sociales. — Un discours de M. Bourgeois. — Légis-
lations allemande, autrichienne, suisse, anglaise et belge. — *Posi-
tion de la question en Belgique.* — Décisions du Conseil supérieur
du Travail. — L'intervention de l'Etat dans le travail des adultes ne
doit être admise qu'exceptionnellement et pour des industries déter-
minées. — *Le pouvoir exécutif* désignera ces industries. — Motif

de ce choix. — Garanties contre ses interventions abusives. — Critiques des idées de ceux qui ne veulent pas de l'intervention de l'Etat. — En fait et en droit. — Divers aspects de la question. — Mesure qui doit être reconnue à l'intervention législative

197

II. *Modification du contrat par les tribunaux* : Règles posées par la loi (art. 1156-1162). Application du principe classique de l'autonomie de la volonté. — *Réduction du salaire promis au mandataire*. — Protestation de la doctrine. — Les tribunaux exigent que la clause pénale faite en vue d'une rupture brusque du contrat de louage de service à durée indéterminée soit sérieuse. — Nouveaux systèmes proposés pour l'interprétation des contrats en général. — Interprétation de l'article 1134, alinéa 3 et de l'article 1135 par la doctrine classique. — Contrôle de la Cour de Cassation en matière d'interprétation des contrats. — Ce qui se passe en fait. — Contrôle que se reconnaît la Cour de Cassation. — Conséquences. — Critique de la doctrine classique d'interprétation. — Utilisation rationnelle de l'article 1134, alinéa 3 et de l'article 1135. — *La bonne foi*. — *L'équité*. Moyens détournés employés par les tribunaux pour les concilier avec la doctrine classique. — Leur interprétation des clauses des contrats d'assurances. — Evolution de la jurisprudence en cas d'accident de travail avant la loi de 1898. — *L'usage*. — Usages conventionnels et usages généraux. — La jurisprudence fait-elle partie du droit coutumier ? — Rôle de la jurisprudence vu sous un jour nouveau. — *Lois interprétatives*. — Critique de la théorie classique de l'autonomie de la volonté dans son fond même. — Opinion de M. G. Tarde. — Insuffisance de cette théorie pour expliquer l'idée de droit. — La volonté individuelle est impuissante seule à l'expliquer. — Nécessité de l'existence d'une volonté supérieure qui la reconnaisse pour la rendre obligatoire. — L'utilité sociale exige en principe cette reconnaissance. — *Le sentiment du juste de Schlossmann*. — Il veut étendre l'application de l'article 1382 à tout ce qu'on appelle « acte juridique ». — Pas de différence entre le fait de commettre un délit civil et celui de ne pas exécuter un contrat. — La conduite normale doit toujours être prise en considération. — *Théorie de la déclaration de volonté*. — Le juge doit chercher l'utilité sociale et la justice. — Il ne doit tenir compte que de la volonté déclarée. — Volonté de la déclaration et volonté de l'effet. — Critiques de ces deux systèmes. — Ce qui les sépare des idées de M. G. Tarde. — *Théorie de M. Duguit*. — Inexistence du droit subjectif et individuel. — Le droit objectif. — La notion de la fonction sociale. — *La règle de droit* a pour fondement le fait de l'interdépendance sociale. — Application de cette théorie aux prétendus droits de liberté et de propriété. — Rôle de la volonté individuelle dans cette théorie. — Elle doit être conforme à la règle de droit pour être respectée. — Pouvoirs exorbitants que reconnaît cette théorie au juge en matière d'interprétation. — C'est une théorie inadmissible. —

Critiques que nous lui adressons. — *Système du Code civil allemand.* — Véritable sens de son article 133. — Les articles 118 et s. qui visent les déclarations faites par plaisanterie, par suite d'une erreur, de dol ou de violence, et la théorie de l'autonomie de la volonté. — Portée que l'on doit reconnaître à ces textes en présence de l'article 122. — Cas unique de l'article 140 : il permet d'écarter la volonté réelle et la volonté déclarée des parties. — Atténuation du caractère rigide de ce système grâce aux larges pouvoirs de contrôle reconnus au juge. — Importance capitale de l'article 138. — Comparaison de son alinéa premier avec les articles 6 et 1133 du Code Napoléon. — Nullité prévue par l'alinéa 2 de cet article. — Impossibilité d'admettre ce système en France sans modifier complètement toute l'économie du Code Napoléon. — *Système de M. Dereux.* — C'est le système de « libre recherche scientifique » que préconise M. Gény pour l'interprétation de la loi. — Modification que nous apportons à ce système. — Comparaison du système que nous préconisons et du système allemand de la déclaration de volonté. — Son application à l'interprétation des contrats d'adhésion.

III. *Des modifications imposées par la majorité des contractants.* — Contrats de « collaboration égalitaire ». — *La volonté de la majorité fait loi.* — Associations syndicales des propriétaires ruraux ou urbains. — Protection de la minorité. — Pouvoir de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires. — A. Pouvoir de modifier le pacte social. — Nécessités pratiques qui exigent cette modification. — Silence des statuts. — *Premier système* : les statuts sont immuables à moins de l'accord unanime de tous les associés. — L'article 1134 s'applique-t-il rationnellement à une telle situation ? — Nature et caractères de la société anonyme. — *Deuxième système* : La majorité des associés peut imposer certaines modifications. — Loi du 24 juillet 1867. — Argument à double tranchant. — C'est pourtant le principal argument invoqué par les tribunaux et les auteurs. — Danger de cette argumentation. — Fraude que peut commettre la majorité. — Tout le monde reconnaît les mauvais résultats de la solution restrictive. — Evolution jurisprudentielle. — Le législateur trouve son intervention inutile. — Amendement Poirrier à la loi du 1er août 1893. — Motif de son rejet. — Législations étrangères. — B. Mesure et étendue des modifications permises. — Clauses essentielles et clauses secondaires. — Distinction difficile à faire. — Est-ce une application de l'article 1134 ? — Ce critérium manque de fondement. — Contradictions jurisprudentielles. — Nécessité d'une intervention législative pour organiser une protection des droits de la minorité. — Systèmes anglais et italiens. — *Autre critérium.* — Ces limites résultent de la nature du contrat, des statuts et des principes généraux du droit. — Aggravation des charges des actionnaires. — Le rapport entre les différents groupes ne peut être modifié que par des décisions

conformes prises par la majorité de chaque groupe intéressé. — Les statuts peuvent en indiquer d'autres. — Les principes généraux du droit interdisent la transformation complète de la société et imposent le droit d'égalité entre actionnaires. — Ce que l'on doit entendre par « droit d'égalité entre actionnaires » : Cette égalité n'est nécessaire qu'entre les actionnaires d'un même groupe.....

IV. *Modifications que d'autres que les parties contractantes peuvent imposer.* — A. Concordat. — Création d'un contrat ayant un caractère collectif et modification des anciens contrats individuels et personnels. — B. Grèves. — Ont-elles pour effet de rompre le contrat ? de le suspendre ? — Intérêts de la question. — Les auteurs sont généralement pour la suspension. — Leurs arguments. — Systèmes transactionnels. — La jurisprudence déclare qu'il y a là rupture du contrat. — Existence du droit de grève. — Définition de ce prétendu droit. — Loi du 25 mai 1864. — Permission des coalitions. — Rapport de M. E. Ollivier. — Comment il définit la coalition. — Il ne confond pas les coalitions et les grèves. — Intervention de MM. Touron et Ribot au Sénat. — Réponse du Ministre de la Justice. — Il qualifie l'opinion de la suspension du contrat de *téméraire, hardie et révolutionnaire*. — Mauvais résultats pratiques que produit chacune des deux opinions de la rupture et de la suspension. — On veut résoudre une question de droit collectif par des principes créés en vue des droits individuels. — *Opinion de M. A. Colin*. — Aucune des parties ne doit avoir un recours contre l'autre pour faits de grèves ou de lock-out. — Solution équitable. — C. Arbitrage obligatoire. — Projet de M. Millerand. — Article 4 de ce projet. — Projet de M. Briand pour les différends entre les administrations des réseaux des chemins de fer d'intérêt général et leur personnel. — Il interdit aux ouvriers de faire grève. — Double atteinte qu'il porte au principe de l'autonomie de la volonté. — Il modifie le contrat de concession. — Il admet la modification des contrats individuels passés entre les Compagnies et chacun des ouvriers. — Autres propositions établissant l'arbitrage obligatoire. — Son institution à la Nouvelle Zélande. — Son caractère préventif. — Procédure et sanctions. — Résultats défavorables. — Conditions nécessaires pour la réussite d'une telle loi. — Les intéressés doivent la souhaiter. — Elle doit prévoir des sanctions efficaces. — Les projets français ne remplissent aucune de ces deux conditions. — D. Fondation. — Définition. — Critiques. — *Nouvelles circonstances de droit*. — Loi du 30 octobre 1886. — Loi de séparation du 9 décembre 1905, complétée et interprétée par celle du 13 avril 1908. — *Nouvelles circonstances de fait*. — Fondation et association. — L'association ne peut pas toujours remplir le rôle économique et social de la fondation. — Caractère intangible de la fondation. — Inconvénients. — Législations étrangères qui écartent ce caractère. —

	Pages
Exécution, modification et suppression des fondations. — <i>Projet de la société d'Etudes législatives</i> . — Comité de surveillance des fondations. — Pouvoirs. — Modifications administratives. — Pouvoirs des tribunaux et du Conseil d'Etat. — Opposition des individualistes. — Causes permettant la transformation ou la suppression. — Transformation ou suppression partielle. — Appréciation.....	338
CONCLUSION	392
BIBLIOGRAPHIE.....	399

Montpellier, le 2 mai 1913.
Vu : le Président de la Thèse,
J. CHARMONT.

Montpellier, le 30 avril 1913
Vu : Le Doyen,
VIGIE.

VC ET PERMIS D'IMPRIMER :
Montpellier, le 2 mai 1913.
le Recteur,
Ant. BENOIST.

